

جامعة القاهرة  
كلية الحقوق

# سبب الالتزام شرعية في لفظة الإسلامى دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة  
للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق ( في الشريعة الإسلامية )

مقدمة من

جمال الدين محمد محمود  
وكيل أول نابة التفتى الجنائى

لجنة الحكم على الرسالة

استاذ الدكتور محمد سلام مذكور : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة  
[ وللشرف على الرسالة ]  
مناذ الدكتور عبد المنعم البدواوى : رئيس قسم القانون للدين بجامعة القاهرة  
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة عين شمس



اهداءات ٢٠٠١

المكتوب / القطب محمد طلبة

القاهرة

# سبيل التزام شرعيتنا في لفقه الإسلامى دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة  
لحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق ( فى الشريعة الإسلامية )

مقدمة من

جمال الدين محمد محمود

وكيل أول نيابة القضاء الجنائى

لجنة الحكم على الرسالة

الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة  
[ وللغرف على الرسالة ]  
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدواوى : رئيس قسم القانون الدنى بجامعة القاهرة  
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة عين شمس

وزارة الثقافة والعلوم

لصاحبها، محمد رقيب الزرق

١٩ مكتبة الأرمين، دمشق

تليطون، ١٩٣٤-١٩٨٨



## إهداء

إلى الذين يملكون من أجل الفقه الإسلامى لأنهم يؤمنون  
بالإسلام ويتبعون شريعته . . .

والذين أخلصوا للعلم — فى دراستهم له — فأدركوا قيمته

والذين لم يعرفوه بعد — حق المعرفة .



## مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم — والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء  
والرسلين أدنى الأمانة ويبلغ الرسالة وحل الشريعة — وبعد :

فقد أجهت بعد دراستي للشريعة الإسلامية إلى اختيار موضوع للبحث  
فيها يكون في دراسته إيضاح لنظرية عامة في ذلك الفقه ويكون في المقارنة بينه  
وبين القانون الوضعي ما يبرز الصياغة الفريدة للفقه الإسلامي . فاخترت للدراسة  
موضوع سبب الالتزام . وهو من مباحث الالتزام الهامة في القانون المدني كما  
يشغل سبب الالتزام عند دراسة المقدم مكاناً هاماً في كتب الفقه الوضعي وقد  
كان موضوع سبب الالتزام مثاراً للجدل في الفقه المصري والقضاء قديماً —  
وعند وضع القانون المدني المصري أراد واضعوا مشروع القانون أن يحسموا  
الأمر في موضوع سبب الالتزام — وكشفوا في الأعمال التحضيرية للقانون عن  
اعتنائهم مذهباً معيناً في السبب — غير أن نصوص القانون المدني في السبب —  
لاتطأوهم فيما ذهبوا إليه .

وإذا كان الفقه الإسلامي في مجلته فقهاً عملياً يهتم في المقام الأول  
بوضع الحلول للسائل ويبحث القروع قبل أن يعرض للقواعد  
والنظريات العامة بذاتها — فإن ذلك ليس مرجعه غياب القواعد والنظريات  
التي تجمع القروع وتوجه الحلول وإنما يرجع ذلك إلى طريقة تدوين الفقه  
الإسلامي ونقله إلينا — وليس عسيراً على من يتتبع الحلول أن يخرج منها  
بالنظرية العامة ، أو على الأقل بالنظرة الشاملة التي يحيط بها هذا الفقه موضوعاً  
معيناً فيه ، وإن من يتتبع كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة والتي تبحث  
المقدم يتبين له أن الفقهاء قد اهتموا — في العقود الملزمة للجانبين — بالمبادأة

أو المعاوضة — إذ ترجع أسباب فساد هذه العقود فيما لا يتصل بالرضا أو المحل — إلى الخلل في المبادأة أو المعاوضة — كما أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا يبحث البواعث والنيات وأثرها على العقود اللازمة — وغير اللازمة وأن كان ما يؤدي إليه العقد في واقع الأمر — وليس نية العاقد فحسب — هو المناط في صحة العقد أو بطلانه .

وإذا كان دور السبب في الالتزام أو في العقد في القانون المدني أنه يؤدي وظيفة فردية هي حماية العاقدين — ووظيفة إجتماعية هي حماية المجتمع من الأغراض والغايات غير المشروعة فإن المعاوضة التي يعتبرها الشارع الإسلامي — تؤدي إلى حماية العاقدين بتحقيق التكافؤ بينهما في الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد — كما يتطلب الشارع الإسلامي أن تكون الناية من العقد بحيث تتفق مع مقاصد الشارع .

وقد رأيت أن أبدأ الرسالة بباب تمهيدى أعرض فيه نظرية السبب في القانون المقارن وأختم فصوله بالحديث عن صياغة الفقه الإسلامي ومنهج البحث فيه — ثم تنقسم الرسالة بعد ذلك إلى قسمين أولهما تناولت فيه فكرة السبب وفكرة الالتزام في الفقه الإسلامي بنية تمهيدها — ثم خصصت القسم الثاني لتطبيق ما انتهيت إليه على العقود اللازمة والعقود غير اللازمة في الفقه الإسلامي وأنهيت الرسالة بخاتمة وجيزة قارنت فيها بين سمات نظرية السبب في الشرائع الوضعية التي تعرضنا لها — وبين خصائص المبادأة أو المعاوضة المتبعة شرعاً في الفقه الإسلامي .

وإذا كان مستقراً في فقه القانون المدني أن سبب الالتزام هو جواب من يسأل « لم ألتزم الدين » فأحسب أنني وجهت النظر إلى جواب هذا السؤال

في الفقه الإسلامى — وإن كنت قد عدلت في عنوان الرسالة عن عبارة « نظرية السبب » إلى « سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامى » .

وأرى واجباً على أن أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة . فقد منحنى من وقته وجهده الكثير — وكان فيما يوجه إليه ناصحاً لا مشيراً — وإذا كنت أعد ذلك تفضلاً منه — فإن ظنى به — أنه يجمله حقاً لكل باحث في الفقه الإسلامى .

كما أتوجه بشكرى إلى الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى — رئيس قسم القانون المدنى بجامعة القاهرة . فقد تفضل بمراجعة ما كتبت في القانون وأقذت من توجيهه في تقسيم الرسالة .

وأسأل الله أن يكون ما بذلته من جهد لاثماً بالهدف الذى قصدت إليه وهو خدمة الشريعة الإسلامية وإظهار مكانتها بين الشرائع — والسلام ؟

١١ رمضان سنة ١٣٨٨ هـ

أول ديسمبر سنة ١٩٦٨ م

# باب تمهيدى

## نظرية السبب فى القانون المقارن

والصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى

تقسيم : رأينا قبل أن ندخل إلى بحث موضوع سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى أن نعهد لهذه الدراسة بباب نتناول فيه نظرية السبب فى القانون المقارن وكذلك الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى لأن من أهداف هذه الدراسة أن يظهر الفقه الإسلامى فى موضوع سبب الالتزام مقارناً بغيره من الشرائع الوضعية .

وقد تمخّرت فى المقارنة الشريعة اللاتينية والشريعة الأنجلوسكونية — فعرضت فى الأولى نظرية السبب فى القانون الفرنسى ثم فى القانون المصرى والنظرية الإيطالية فى السبب . وتناولت فى الثانية السبب فى القانون الأنجليزى وراعت فى عرض نظرية السبب الاكتفاء بإيضاح الفكرة دون الدخول فى تفاصيل نظرية السبب فى كل منها لأن ذلك لا يفتى فيه باب واحد فى كتاب وتناولت بعد ذلك صياغة الفقه الإسلامى وخصائصه المميزة ومنهج البحث عن نظرية السبب فيه .

وبذلك يتقدم هذا الباب إلى خمسة فصول الأول تتكلم فيه عن نظرية السبب فى القانون الفرنسى ، والثانى عن السبب فى القانون المصرى والثالث عن النظرية الإيطالية فى السبب ، والفصل الرابع نتناول فيه السبب أو الاعتبار فى القانون الأنجليزى .

وتتحدث فى الفصل الخامس والأخير عن الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى .

## الفصل الأول

### نظرية السبب في القانون الفرنسى

يظهر بحث نظرية السبب في القانون الفرنسى بصيب وافر من الاهتمام  
يتمثل في تناوله في جميع الكتب التى تبحث في نظرية الالتزام ، وفي البحوث  
العديدة التى تكتب في هذا الموضوع ، ومع ذلك فإن تحديد طبيعة السبب  
و كشف دوره في المقدر أو في الالتزام مازال محلًا للخلاف وللناقشة بين مختلف  
الآراء والنظريات على أننا نشير إلى أن البحث في نظرية السبب يستهدف أسراً  
. يتفق عليه وهو الاجابة عن السؤال لم التزم للدين ؟ وتحديد طبيعة السبب  
وبيان دوره في التصرف القانوني هو الذى يحمل الاجابة على هذا السؤال ،  
وعلى قدر البساطة التى تظهر فيه فإن معرفة سبب الالتزام قد اقتضت من الفقهاء  
أن يبعثوا عن أصل الفكرة حتى في القانون الرومانى ، وبذلك يكون للسبب  
في القانون الفرنسى والذى تناولته السادتان ١١٠٨ ، ١١٣١ مدنى فرنسى تاريخ  
طويل قد يمتد على ما مضى إلى القانون الرومانى .

ومن ناحية أخرى يجب أن نبدأ بالقول بأن كلمة السبب تعنى في المطلق  
أحد معنيين أولها السبب للنشوء أو المادى *cause efficiente* وهو مجموع  
الوقائع التى يتوقف على حصولها أن تتحقق وقائع لاحقة ، وثانيهما السبب  
القصدى أو الغاية *La cause finale* أى الهدف الذى يفسر قيام شخص  
بفعل ما<sup>(١)</sup> .

---

(١) ولم نر أن نعرض للسبب لفظاً لأن ذلك يختلف حسب اختلاف اللغات فالسبب =

### فكرة السبب عند الرومان :

كان القانون الروماني القديم شكلياً ، ولم يكن الاضاق يُلشئ عقداً وبذلك لم يكن للسبب دور في هذا النظام ثم اتسعت للمعاملات وأصبحت متاعب النظام الشكلي كبيرة إذ لم يكن هناك سوى عدة اتفاقات تشكل في مجموعها نظاماً قانونياً فكان عقد القرض *Le nexum* وهو عقد قديم وبعد ذلك العقد الشفوي *Contrat verbal* في وقت أحدث وكان نموذجاً للاشتراط وأخيراً العقد الكتابي *Contrat litteral* ولم يكن لجرد الاتفاق أثر قانوني<sup>(١)</sup> ثم أدت اعتبارات التطور في القرون الأخيرة للجمهورية وفي عهد الامبراطورية إلى نشوء عقود جديدة ليست شكلية ولا تخضع للقانون الجامد *droit strict* وهي العقود الرضائية والمينية إلى جانب العقود السابقة<sup>(٢)</sup> . وبمقارنة هذه العقود بالمقود القديمة يتبين أن العقود الأخيرة لم تكن شكلية لأن صحة العقد لا تخضع لشكل معين وإنما لشروط موضوعية مستمدة من غرضه الاقتصادي *distinction economique* ، وكانت من عقود حسن النية ولا تخضع للتفسير الجامد . كما نشأت العقود الرضائية وهي البيع والإجارة والشركة والوكالة والمقود غير المسماة<sup>(٣)</sup> .

---

== في الفئة المرية مثلاً هو الجبل والقرينة ، وفي ذلك ما ياعد بيتنا وبين ما نحاول تحديده ، أما السبب في التعلق فلا يتأثر باختلاف الفئة .

(١) جبرار ص ٤٦٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٦٥ ، على بنوى مبادئ القانون الروماني ص ١٧٦ .

(٣) جبرار ص ٤٧٠ ، ل بروهل ص ٢٦٠ وقد تخلصت هذه العقود من الشكلية بمعنى أن الاضاق يُلشئ دعوى أمام القضاء ، وقد نشأت العقود الرضائية في حوالي ١٥٠ ق م أما العقود غير المسماة فأقرها القانون في عهد الإمبراطورية . مبادئ القانون الروماني . عبد النعم بدر والبرزوي ص ٥٣٧ .



وإذا بحثنا عن فكرة السبب نجد أنه في العقود الشكلية فإن صحة العقد مستقلة تماماً عن سببه فالدين يلتزم بمجرد إتمام الشكل ( كالأجابة الصحيحة في المقد الشفوي مثلاً ) وكان المقد يتم ولو كان السبب غير مشروع إذ كان المقد مجرداً من سببه ومن البواعث عليه فلم يكن له سبب إلا الشكل<sup>(١)</sup> غير أنه في العقود غير الشكلية نجد فكرة السبب بطريق غير مباشر فقد أدى نظام العقود غير المسماة إلى أنه في حالة العقود التبادلية التي لا تدخل في العقود المبنية أو الرضائية إذا نفذ أحد الطرفين التزامه فإنه يكون له دعوى قبل الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل<sup>(٢)</sup> كما أنه في العقود الرضائية كان السبب في التزام أحد المتعاقدين هو الالتزام المقابل للآخر فإذا تخلف لم ينشأ الالتزام الأول — وأعطى البريتور للدين الذي تعهد بدون سبب دفعةً لتخلص من الالتزام — إذا أقيمت عليه الدعوى — أو دعوى بطلب الإبراء ولكن لم يكن الالتزام باطلاً<sup>(٣)</sup>.

وبالنسبة لتصرفات المفردة سمح القانون الإمبراطوري بالمبة وأصبح الاتحاق عليها لازماً في عهد جوستنيان وكذلك الوعد بالبوطة في عهد ثيودور الثاني غير أنه مع ذلك بقيت القاعدة أنه حتى يكون الاتحاق لازماً فإنه يجب وضعه في عقد شكلي<sup>(٤)</sup>.

---

(١) جيرار ص ٤٨٨ ، جاستون ماى ص ٢٤٩ .

(٢) جيرار ص ٤٧٠ وفي العقود الشكلية كان الدين عيماً بالرفع بالنش إذا لم يتسلم القرض مثلاً ثم أعطى دعوى شخصية لرد ما دفع بطريق الخطأ أو بطلب الإبراء . على يدوى ص ١٧٨ .

(٣) جاستون ماى ص ٢٥٠ .

(٤) جيرار ص ٤٧٠ .

وبالنسبة للبواعث فقد أدرك الرومان بفوقهم العملى أنه إذا بحث عن اللوائى والبواعث لم يكن هناك قاعدة عامة وأنه يجب تقييم العمل القانونى بحسب ذاته لا بحسب بواعثه التى دفعت لآتمامه<sup>(١)</sup> ، ومع ذلك إذا كان العقد غير مشروع كان للدين الدفع بالنش إذا كان السبب غير المشروع من المائز فقط دون اشتراك فيه<sup>(٢)</sup> وقيام السبب لم يكن مطلوباً لتكوين العقد ولكن للاحتفاظ بالسال أو الحق موضوع العقد<sup>(٣)</sup> . فلم يكن السبب عنصراً من عناصر العقد ولكنه يمد تصحيحاً للقواعد القديمة فى تكوين العقد بدافع من العدالة<sup>(٤)</sup> وبذلك لم تكن فكرة السبب بعبء عن الرومان غير أنهم لم يحملوا قيام الاضاق مستقلاً عن السبب . إذ كان ذلك فى عهد متأخر وفى العقود غير الشككية التى يكون فيها السبب عنصراً من عناصر صحة العقد<sup>(٥)</sup> . كما أنه فى العقود العينية لم تنعم فكرة السبب ، وفى العقود الرضائية لم يكن يراعى الاستقلال بين الالتزامات إلا عند تكوين العقد وكان ذلك مفهوماً بالنسبة للإيجار بشكل أفضل فإذا هلك الشيء للوَجَر أثناء الإيجار لا تستحق الأجرة ، وفى العقود المسماة وهى التى لا يكفى فيها الرضا وحده بل يجب تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه نجد تطبيقاً أفضل لنظرية السبب إذ لعبت فكرة القسوخ لعدم التنفيذ دورها ونجد أن الاعتبار المام هو للهدف الاقتصادى لأن أحد الطرفين لا ينفذ التزامه إلا بمرض الحصول على الالتزام المقابل<sup>(٦)</sup> .

(١) جاسون ماى ص ٢٥٠ . (٢) جيارى ص ٤٨٠ .

(٣) بواجيزان ص ٨١ . (٤) للمرجع السابق ص ٨٤، ٨٣ .

(٥) جاستون ماى فى العقود العينية كان سبب الالتزام التسليم Le res وفى العقود

الرضائية الالتزام المقابل ص ٢٥٠ .

(٦) بواجيزان السبب ص ٩٠-٩٢ .

ونجد هنا أن موضوع العقد وسببه كان أمراً واحداً . ففي العقود الرسمية لم يكن هناك سبب سوى الشكل ، وفي العقود العينية كان السبب هو تسليم الشيء . وفي العقود الرضائية هو الأمر الذي تهد به الطرف الآخر وفي العقود غير المسماة فإن السبب هو التنفيذ الذي قام به أحد الطرفين<sup>(١)</sup> .

كما نجد أن فكرة السبب ظهرت ضمن فكرة المدالة . فإذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فمن المدالة الإتيان الطرف الآخر ملتزماً فأعطى الدفع بالنش ، وكان هناك دعوى لمنع العقد من إنتاج آثار منافية لإرادة المتعاقدين أو القانون أو الأخلاق فهي دعوى لرد القيمة كدعوى الإبراء بلا سبب الآن لمنع الإبراء غير العادل<sup>(٢)</sup> .

ورى هنا أن فكرة السبب في القانون الروماني تختلف عن فكرة السبب في القانون من ناحية طبيعتها<sup>(٣)</sup> ، فقد كان السبب عند الرومان يعني مصدر الالتزام أو الواقعة التي أنشأته ، ولم يكن السبب عنصراً من عناصر تكوين العقد ولكنه كان وسيلة لتحقيق المدالة في عقد يتم دون سبب . فكانت حماية المدين الذي لم يتسلم القرض بالدفع بالنش أو بطلب الإبراء ، وكذلك الدعوى التي تسمح للطرف الذي نفذ التزامه باسترداد ما قدمه إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه أفعالاً غير مباشرة لفكرة السبب وكذلك في حالة

(١) جيارس ٤٥٥ على يدوى ج ١ ص ٧١٢ .

(٢) يواجيزان ص ٧٨ وقد استعان الرومان بفكرة المدالة في تخفيف حدة بعض النظم القانونية والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية في العقود كاستعمال اللغة اللاتينية ثم وصل الأمر إلى تغليب المعنى على الشكل بضمور مرسوم الأمبراطور ليون سنة ٤٨٧ م ، مبادئ تاريخ القانون الروماني لـ دكتور سولي حسن أيوب طاب ص ٣٤٢ .

(٣) ميدان ج ٧ فقرة ١٤٣ .

الدفع بعدم تنفيذ التعهد غير المشروع ، وبذلك يكون السبب قد استطاع أن يؤدي بعض دوره دون أن يكون اتصاله بالارادة ظاهراً .

### فكرة السبب في العصر الوسيط :

إذا كان السبب في النظرية التقليدية عنصراً مرتبطاً بالارادة الخاصة على نحو ما . فإن ذلك الربط بين السبب والارادة الخاصة لم يكن على درجة كافية من الوضوح ، ولا يعرف على وجه التحقيق كيف استعملت كلمة سبب في قه المعصور الوسطى بمعنى الفرض الذى تنجبه إليه الارادة الخاصة . فإذا انتقلنا من الموسوعات الرومانية إلى قه المحشين وجدنا أنفسنا فجأة أمام فكرة جديدة عن السبب<sup>(١)</sup> .

وقد بدأت تظهر في العصر الوسيط في القرنين الثامن والتاسع تقريباً فكرة مسؤولية الواعد بناء على وعده غير أنه كان يشترط قلق قيدان إيمان ناحية الشكل كاشتراط اليمين أو الكتابة أو بتنفيذ أحد الطرفين لتعهدة وهى نفس فكرة القيد المعنى على نطاق واسع ، ولم يكن القانون الرومانى حتى هذا الوقت قد حدد بصفة عامة فكرة انقضاء العقد وكانت فكرة الالتزام التعاقدى تتولد عن علاقة مباداة ولم يكن يهم فيها التماثل بين الالتزامات فن الجائز أن يكون المقابل شيئاً له قيمة إسمية أو رمزية لإعطاء العقد صفة عقد

---

(١) بل نجد لما تنظيراً دقيقاً غير الإعجاب وتحليل ذلك أن فكرة السبب تحت صلة إلى السببية وهى فكرة فلسفية وقد تأثر فقهاء القانون العام بفلسفة أرسطو التى ظلت سبباً عن الرومان والمهم أنه منذ البداية كان فقهاء القانون العام يربطون السبب بالارادة الخاصة ويفرقون بين السبب القصدى والسبب الخارجى ، وكان تطور الفكرة من القانون الفرنسى القديم إلى دوماً تتدرجاً مستمراً وكان للكلمتين في ذلك دور هام « محمود أبو طاية — التصرف القانونى المجرد من ٩٨ ، ٩٩ » .

الماوضة وأن لا يكون للالتزام قيمة اقتصادية أو مقومة بالمال إذ كان يوجد الميل إلى وضع كل الروابط حتى ما لم يكن منها اقتصادياً في صورة عقود (مثل عدم معاقبة بعض الأخطاء) ، وكان البحث عن نية المتعاقدين مخالفاً لروح القانون الروماني ومسؤولية الملزم واحدة سواء في عقود الماوضات أو عقود التبضع .

وقد تناول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء . فريق الفقهاء الرومانيين<sup>(١)</sup> وفريق الفقهاء الكنسيين .

#### الفقهاء الرومانيون :

لم يسمح الفقهاء الرومانيون بقوة الإلزامية للرضا وظل الاتفاق وحده غير ملزم إذ كان مبدأ الرضائية يخضع لقيود هامة حتى القرن السادس عشر . وظل الفقهاء الرومانيون متمسكين بالصيغ الرومانية وتفنيد جوستنيان وتمسكوا بتفسيرات العقود الرومانية ولم يسمعوها تحت نظرية واحدة ورفضوا نظرية النمط الضمني التي قال بها الكنسيون<sup>(٢)</sup> ، ولكنهم استعملوا آثار التقابل بين الالتزامات وإن كانوا لم يسمعوها بالقسوخ إلا في العقود غير المسماة دون العقود المسماة ، ولم يملوا آثار التقابل كلها وكانت كلمة سبب Cause لما عند الفقهاء الرومانيين همان متعددة تختلف بحسب العقود التي تتعلق بها في العقود المعنية كان السبب هو الأداء الأصلي الذي يستلزم لإنشاء العقد وهو

(١) ومن هؤلاء الفراح البارتوليون ، وقد أبرزوا الارتباط بين الالتزامات المتعاقبة في العقود الملزمة لجانبين ومع أن منطق الارتباط كان يقضى بحتمية النسخ إلا أنهم لم يقولوا به « الوسيط المشهورى — مصادر الالتزام ص ٤٧٦ » .

(٢) روجير هوان : الفقرة بين العقود البادلية والمتفرقة ص ٦٠ .

السبب *Efficiente* وفي التصرفات المجردة التي لم يذكر سببها بحث الفقهاء الرومانيون المسألة من باب الاجراءات قرروا أن الاشتراط يجب أن يكون له سبب طبيعي *Causa naturalis* كأداء سابق أو معاصر أو لاحق ومشروع وعلى الدين أن يثبت عدم المشروعية أن وجدت<sup>(١)</sup> على أنه منذ القرن الثاني عشر أصبحت فكرة الترابط بين الالتزامات قانونية ومؤسسة على إرادة المتعاقدين المقترضة ورضام المزدوج بالشرط الضمني *sous entendue* إذ لم يرض أحد الطرفين بالالتزام إلا تحت شرط تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه<sup>(٢)</sup> وهذا في العقود التي تنفوذ فيها الالتزامات معاً في وقت واحد .

على أن الشراح اللاحقين هم الذين حاولوا جزئياً مد فكرة التبادل بين الالتزامات في محاولة لبناء نظرية للسبب مؤسسة على فكرة الغرض *but* وظلوا يتطلبون ذكر السبب في صيغ الدعاوى والمحجرات المثبتة للالتزام وصرح بالد *Balde* بذلك لأن الاشتراط لا يتضمن ببنائه السبب فيجب أن يشار إليه كما حاول الشراح اللاحقون إدخال فكرة السبب في العقود الرضائية إلا أنهم رفضوا فكرة القسح لعدم التنفيذ طبقاً لنصوص القانون الروماني وفتحوا الطريق بطريقة واضحة للسبب الناتج بمعنى الترض المطلوب من المتعاقدين ولكن لم يكن أساس ذلك علاقة التبادل بين الالتزامات الناشئة عن العقد<sup>(٣)</sup> .

على أن مدرسة الشراح على المتون *glossateurs* كادت تهقد نظرية السبب أساسها الأخلاق *moral* لتأخذ صفة إجرائية فقد طلبوا السبب ليس لوجود

(١) المرجع السابق ص ٦٢ . (٢) المرجع السابق ص ٥٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٦١ ، ٦٢ .

الأشراط ولكن فقط لاعطاء القوة التنفيذية ولم يكن بهم إلا عند التقاضى ، وقد أرادوا بذلك سد الطريق على التصرف غير السبب ولكنهم فعلوا ذلك المهدف وأضاعوه بتطلبهم إعلان السبب فى كل مرحلة من مراحل الدعوى والإشارة إليه فى صحتها الافتتاحية وفى المحررات وكان للقاضى أن يبحث عن السبب بغير قيد واحد هو ألا يكون ضد إرادة للدعى عليه<sup>(١)</sup> . وبالنسبة للتصرف غير السبب فإنه فى عهد القانون الفرنسى القديم هجرت التفرقة التى حدثت فى عهد الإمبراطورية السفلى<sup>(٢)</sup> وأصبح للدعى الذى يوقع سنداً مكتوباً ملزماً<sup>(٣)</sup> إلا إذا أثبت العكس .

ورغم النقص وعدم الوحدة فى أقوال الشراح المحشين فنحن لا نستطيع إنكار تقدم النظرية فى كتاباتهم ولا النقص من شأن نظامهم الذى يحى للدعى عليه من العمل القانونى بلا سبب . كما أنهم من ناحية أخرى احتفظوا للسبب بدوره فى العمل الرسمى *L'écrit probatoire*<sup>(٤)</sup> وميزوا كذلك بين السبب والباعث فسموا الأول بالسبب القريب والباعث بالسبب البعيد وبقيت فكرة السبب موضوعية لانهسية ودخل المقد لاخارجه وواحدة فى النوع الواحد من العقود<sup>(٥)</sup> .

(١) بواجيزان — السبب ص ٦٢، ٦١ .

(٢) وفى التفرقة بين ما إذا كان السند قد ثبت به بعض المال أم لا وفى الحالة الأولى يكون عبء الإثبات فى مسألة السبب على الدعى وفى الحالة الثانية على الدائن .

(٣) كولان وكايطان الطبعة الثانية ص ٧٦ .

(٤) بواجيزان — السبب ص ١٢٣ .

(٥) الشهورى — مصادر الالتزام ص ٤٢٦ .

(٦) — سبب الالتزام

### الفقهاء الكنسيون :

أما الفقهاء الكنسيون فإنه ابتداء من القرن السادس عشر بدأ تأثير القانون الكنسي يظهر في مجال الرضائية في العقود غير أن ذلك التأثير كان يصطدم من ناحية بما جرى عليه العمل في محاكم ذلك العهد ومن ناحية أخرى بفقهاء المدارس الرومانية التي كانت تدرس نصوص القانون الروماني دراسة نظرية كما كان تأثير القانون الكنسي يصطدم بالمعرف ، وقد ظهر تأثير القانون الكنسي واضعاً في دائرة العقود المسماة كالبيع والإيجار وهي أكثرها شيوعاً وأشدّها حاجة للتحرر من الشكل وتحت تأثير عامل الثقة أمكن اعتبار الوعد أو التمسّد في هذه العقود كالشيء في المقد المعيني وتشبيهه بالدين الذي ينشأ من الالتزام بالشيء وكان ذلك راجعاً إلى تأثير القانون الكنسي وإلى قه بعض المدارس الرومانية التي كان لديها بعض العقود الرضائية فعلاً ، ولكن لم يكن مبدأ الرضائية في العقود قد استقر بصفة عامة . بمعنى أن الرضا وحده يكفي .

وقد لعبت فكرة السبب دوراً ثانوياً في القانون الروماني بسبب الشكلية ولكن جدد هذا الدور بواسطة الكنسيين الذين أعلنوا مبدأ الرضائية ومنذ القرن السادس عشر حاول الفقهاء تقييد الإرادة بمد الاعتراف لما بدورها في إنشاء المقد وذلك بالفرقة بين السبب والباعث تلك الفرقة التي حددها دوماس<sup>(١)</sup> . فالكنسيون هم الذين يرجع إليهم الفضل في نظرية الرضائية في المقد وهم الذين قرروا أنه إذا كان المقد مجرداً من كل شكل صحيحاً فإنه لا يمكن

(١) كولان وكايتان ص ٦٥ .



أن تصوره دون سبب قسري<sup>(١)</sup> .

وهنا نجد أن السبب كف عن أن يخلط بالمصدر كما نجد أن الرضا وحده لم يمد يكفي بل يجب أن يكون الارتباط لسبب لتيجه مقدرة ومشروعة<sup>(٢)</sup> .

على أننا نجد أن الأساس عند الفقهاء الكنديين كان أساساً أخلاقياً مع وجود أثر للقانون الروماني عليهم . فالطلب هو تحقيق الأخلاق المسيحية ولم يطبقوا القانون الروماني إلا حيث لا تمس تلك الأخلاق وهناك مسائلان شغلنا الفقهاء الكنديين أولاً الكفاح ضد التمهيدات ذات المذهب غير المشروع وثانيهما صعة التصرف الإرادي بمجرد الرضا .

قد أجاز الكنديون رجوع العاقد عن وعده إذا علم بالفرض غير المشروع للتصرف من التعاقد الآخر لأن ذلك أهون من تنفيذ العقد من وجهة النظر الدينية على أن أبطال العقد بالسبب غير المشروع لا يحدث إلا بعد إجراءات وأدلة حاسمة<sup>(٣)</sup> . وأجاز الكنديون كل اتفاق وإقرار يستند إلى سبب جدوى وشريف . كما قرروا أن كل متعاقد يستطيع أن يرفض تنفيذ التزامه إذا لم يقدم الآخر التزامه في الحال وإذا نفذ أحد الطرفين التزامه مرفوض الآخر بسوء نية تنفيذ التزامه فلطرف الأول التعطل من التزامه وهو الفسخ لعدم التنفيذ الخاطيء<sup>(٤)</sup> .

(١) يمان دروس في القانون المدني ج ٨ ص ١٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٣) بواجيزان ص ١٣٣ . (٤) المرجع السابق ص ١٣٥ .

على أن الكنسيين لم يعبّروا تحت اسم السبب عن الآثار التي أسندوها إلى علاقة التبادل بين الالتزامات المتقابلة ، والفسخ كان مفهوماً على أنه تطبيق لقاعدة رومانية .

قد كان الانسح مؤسسا على الشرط الضمني<sup>(١)</sup> ، وكان السبب مرتبطاً قايلاً بفكرة الترضى الذي يقصده الواعد فكان مظهراً لنية الشخص الذي يلتزم un aspect de l'intention ولكن الكنسيين لم يضعوا أساس فكرة التقابل بين الالتزامات .

وقد بحث الكنسيون تحت فكرة السبب الوعد غير السبب وما إذا كان يلزم أن يشار إلى السبب في المحرر المثبت للالتزام فاستعملوا السبب لحل مسألة من مسائل الإثبات . كما استخدموا كلمة السبب لمحاولة تصحيح العقد المجرد وعارضوا بذلك الفقهاء الرومانيين الذين كانوا ينكرون قوة الرضا الإلزامية ويلتزمون بالخصوص الرومانية<sup>(٢)</sup> .

ولذلك فقد أنكر البعض أن يكون النقيض دوماً هو الأب الروحي لنظرية السبب فقبل دوماً جهدت الكنيسة وقهاؤها في جعل الاتفاق لازماً ولو لم يكن هناك شكل كما عرفت أيضاً مسألة الربط بين الالتزامات الرئيسية في العقود التبادلية فإن تنفيذ التزام منها كان يحد جزاءه في تنفيذ الالتزام الآخر وهو الدفع الذي كان يطلق عليه *L'exceptio non adimpliti contractus* وهذا للبدأ كان مستمداً من القانون القديم وليس من القانون الروماني وقد

---

(١) وكان الرومانيون وعلى الأخص بارتول ثم الذين ربطوا بين الفكرتين لا مذكروه كايتمان من أن كل نظرية السبب في الالتزامات التبادلية توجد في هذا للبدأ المقرر بالقانون الكنسي — المرجع السابق — روجير هوان ص ٥٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٤ .

أنشأ الكنسيون بذلك رابطة بين الالتزامات التي تنشأ من عقد تبادل وفضلاً عن ذلك قد تكلم الشراح المحشون عن السبب العادل *Justa causa* مثل أزون (Azon) في قوله *La cause est le vêtement qui transforme* كما تكلم بارد (Barde) عن السبب النهائي في قوله *De meme que tout ce que nous faisons, nous le faisons en consideration d'un fin.* (١) -

ونجد كذلك وسط قضاء القرن التاسع عشر فكرة الكنسيين عن السبب إذ أن مسألة السبب تنبثق منطقياً مع مبدأ الرضائية التي توسع تحت تأثير عاملين أولهما تأثير القانون الكنسي باحترام الوعد وجملة مجرداً عن الشكل وثانيهما تطور القانون التجاري واتساع للمعاملات . ففطرية السبب نشأت وتبعث في القانون الفرنسي من إقرار مبدأ الرضائية وقد لاحظ أوبري ورو Aubry et Rou أنه من الخطأ أن نعد السبب إلى تأثير روماني ففي القانون الروماني كانت الشكلية *Journalisme* وفي القانون الفرنسي كانت الرضائية *Consensualisme* (٢) على أنه من السليم أن فكرة الربط بين السبب وبين التفرقة بين العقود التبادلية والتفردة كانت سائدة في الأعمال التعضيرية للقانون المدني فيما يخص بالسبب (٣) .

#### نظريّة السبب على يد روما وبونيه :

في القرن السابع عشر بدأ الفقيه الفرنسي دوما عهداً جديداً في فكرة السبب فقد أحاط الفكرة بوضوح وبمنظرة شاملة وسجل ما وصل إليه مبدأ

---

(١) محاضرات جان بولانجييه Jean Boulanger أستاذ القانون المدنى بجامعة باريس ليلوم القانون الخامس ٦٤ — ١٩٦٥ — غير مطبوعة نسخة مطاعة .

(٤) المرجع السابق (٣) روجير حوان ص ٢٦٨ .

سلطان الإرادة في عصره . فقد بحث السبب كمعصر في العقد وميز بين التصرفات بموض والتبرعات وذهب إلى أنه في العقود التي تتقابل فيها الالتزامات فإن التزام أحد الطرفين هو أساس التزام الطرف الآخر وفي التصرفات التي يظهر فيها أن أحد الطرفين فقط هو الذي يلتزم كالتبرع فإن التزامه مسبوق دائماً بالتزام الطرف الآخر بماوجب أن يعطيه حتى يتكون العقد (إتمام الاتفاق) . أما في الهبات أو العقود الأخرى التي يعطى فيها شخص واحد أو يقوم بعمل فإن التزامه له أساسه من الباعث للمقول والمادل كعقود سبق اللواهب أو مجرد الرغبة في عمل الخير وهذا الباعث يحل محل السبب .

ونجد أن دوما لم يفرق إلا بين التصرف بموض والتبرع فلم يفرق بين التصرفات التبادلية والنفردة ، كما أنه لم يتحدث عن الباعث للمقول والمادل والذي يحل محل السبب في بعض العقود<sup>(١)</sup> . ويأخذ البعض على فقه دوما أنه لم يكن به تجديداً ولا أصالة وأنه اكتفى بعرض بسيط لأفكاره دون الدفاع عنها لأظهار مبتها<sup>(٢)</sup> وجاء من بعد دوما بوتييه فقرر أن كل التزام يجب أن يكون له سبب مشروع ففي العقود التبادلية يكون سبب التزام أحد الطرفين هو ما يعطيه له الطرف الآخر أو ما يلتزم بإعطائه له أو المخاطرة التي يتحملها<sup>(٣)</sup> وفي عقود التبرعات فإن روح المجاملة التي يريدها أحد الطرفين تجاه الآخر هي سبب كاف<sup>(٤)</sup> ونجد هنا أنه بوتييه وضح أفكار دوما وجرداها ، وفرق بين

---

(١) روجير هوان ص ٢٦٧ وقد أورد تقسيم دوما للعقود إلى أربع فئات مقابل من الجانبين ، وخدمة من الجانبين وخدمة في جانب ومقابل في الجانب الآخر ، وخدمة أو شيء من جانب واحد — جورلا ص ٢٥ .

(٢) بواييزان في السبب ص ١٤٧ — ١٤٨ .

(٣) بوتييه في الالتزامات نبذة ٤٧ .

(٤) جورلا ص ٢٧ — ٢٨ ، ويبدو هنا أن السبب هو بمسناه الدقيق الذي أشار إليه دوما -

التصرفات التبادلية والمفردة ، ومع ذلك فإن قه بوتيه لم يتقدم عن القرون السابقة عليه فالذى جاء به نجد مثله فى كتابات من قبله .

وقد تأثر القانون الفرنسى عند وضعه بالصياغة التى أفرغ فيها دوما وبوتيه نظرية السبب وتطور الفكرة منذ القانون الرومانى حتى ما ذكرنا . هو أساس نظرية السبب التقليديه والتى انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً من نشأتها التاريخية .

### النظرية التقليدية فى السبب :

ذكرنا من قبل ما آلت إليه نظرية السبب على يد دوما وبوتيه ، وعند وضع تنتين نابليون انتقلت إليه نظرية السبب بالوضع الذى صاغه الفقهاء تقريباً وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية طوال القرن التاسع عشر ، ولم يمتدوا فيما قرروه عن قه دوما وبوتيه<sup>(١)</sup> .

وقد أورد تنتين نابليون للسادة ١١٣١ « الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب أو كان مبنياً على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع » كما أورد للسادة ١١٣٢ مدنى « الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه » والسادة ١١٣٣ « السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفاً للأداب أو للنظام العام » وإذا أردنا تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية فيجب أن نرجع إلى التمييز القديم الذى وصل إليه المحشون ، وهو التمييز بين السبب الانشائى والسبب التصدى والسبب المانع .

---

(١) الوسيط السنورى ج ١ ص ٤٧٦ .

فالسبب الانشائي Cause efficiente هو مصدر الالتزام وهو في طبيعته واقعة  
أنشأت الالتزام ويجوز أن تكون المقد أو غيره ، وهذا للمق يجب أن نستبدله  
لأن طبيعته تختلف عن السبب الذي نبعث عنه <sup>(١)</sup> .

أما السبب القصدى Cause finale فهو ما يجب البحث عنه في النظرية  
التقليدية ويطلق عليه الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد للالتزام  
الوصول إليه من التزامه فهو أول نتيجة يصل إليها للالتزام .

وأما السبب الدافع Cause impulsive فهو الباعث للالتزام على أن يرتب  
في ذهنه الالتزام وهو أمر شخصي يختلف من شخص إلى آخر ، ومن عقد لغيره  
وتبدل صفة التغير والصفة الشخصية واضحة لأن طبيعة السبب الدافع  
ضمانية بحتة .

والسبب يظهر في القانون الفرنسي كشرط لصحة الالتزام التعاقدى  
وذلك من نص للسنتين ١١٠٨ ، ١١٣١ في عقد البيع يشتمل المقد على  
اتفاقين رئيسيين الأول ينشئ لصالح المشتري التزام البائع بنقل الملكية والآخر  
ينشئ لصالح البائع التزام المشتري بدفع الثمن .

وتحرر النظرية التقليدية أنه في العقود الملزمة للجانبين فإن سبب التزام  
كل من المتعاقدين هو التزام الآخر في عقد البيع فإن غرض البائع المباشر

---

(١) ومع ذلك نجد الفقيه الفرنسي بلانيول يقول « إن من يدعى أنه دائن عليه أن  
يظهر قيام الالتزام ولا يثبت ذلك عليه أن يثبت الواقعة التي أنشأت الالتزام فإذا كان دائناً  
بقدر ضليه أن يثبت أى عقد ومتى عقد » ج ٢ بند ٤٧ — ١ ، وهذا هو السبب الإنشائي  
وهو ما تمت عليه صراحة المادة ٤٩٩ مدنى أرجنتيلى بطريقة صريحة ، لا يجوز التزام دون  
سبب . بحث للأستاذ موري فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ١٩٥١ ص ٤٨٩ .

هو التزام المشتري بدفع الثمن وغرض المشتري المباشر هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء للمبيع . فالسبب إذاً في العقود التبادلية هو المقابل الذي يطلبه للالتزم<sup>(١)</sup> . وهو كذلك المصلحة القانونية التي تحت نظر للتعاقدین والتي توجب إرادتهما<sup>(٢)</sup> وهذه المصلحة يجب أن تكون حقيقية وجديّة ومشروعة وإذا كان العقد ملزماً لجانِب واحد فإن كان عقداً عينياً كالمارية والرهن الحيازي والوديعة والقرض فإن السبب يكون تسليم الشيء فيلتزم للقرض برد القرض لأنه تسلمه<sup>(٣)</sup> . وإذا كان رضائياً كالوعد بالبيع فإن السبب يكون إتمام العقد النهائي وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

أما في عقود التبرعات . فإن السبب هو نية التبرع ذاتها ولذلك لا يقبل السبب في هذه الحالة الطعن عليه بالمادة ١١٣١ فرنسي . فالسبب هو القرض المباشر الذي يريد للمتعاقد الوصول إليه من التزامه والهبات هي الأسباب السابقة التي تبرر السبب<sup>(٤)</sup> . والأول هو الذي يهم أمام القانون ، أما في عقد الكفالة والوكالة فإن الوكيل أو السكتيل يلتزم ليس على سبيل التبرع ولكن لتقديم خدمة اقتصادية أو مالية مجانياً<sup>(٥)</sup> .

---

(١) ويقول Lapanouse في اجتماع لجنة تعديل القانون المدني الفرنسي « إن ضرورة سبب ما تأتى من ضرورة وجود مقابل في كل عمل قانوني ليس على سبيل التبرع » . وضيف لامورانديير في نفس المقام أنه يرجع لفكرة البائع في التصرف القانوني يحوز البائع للوجه هو المقابل « Contrepartie » بحث الأستاذ . وري للشار إليه سابقاً ، وهو مصلحة للمتعاقد

في العقد ج كرونييه ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٢) يبدان ج ٨ ص ١٣٣ .

(٣) كاييتان نبذة ٢٨ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) كولان وكاييتان ص ٦٥ .

وفي العقود الاحتمالية كمقد التأمين فإن سبب التزام المستأمن هو تأمين المؤمن له من الحوادث التي تقع على الشيء المؤمن عليه وسبب التزام المؤمن هو دفع الأقساط من المستأمن ، والسبب هنا يتضمن عنصراً احتمالياً إذ قد يقع الخطر المؤمن منه بعد دفع قسط واحد فقط وقد لا يقع مطلقاً بعد أن تدفع جميع الأقساط غير أن الطرفين رضا بالمضاربة فالسبب في الواقع هو التنفيذ الاحتمالي لالتزام المؤمن<sup>(١)</sup> .

### شروط السبب في النظرية التقليدية :

يشترط في السبب بحسب نصوص القانون الفرنسي ثلاثة شروط :

أولاً : أن يكون موجوداً ، ومن الغريب أن يطلق على وجود الشيء صفة الشرط فيه ذلك أنه إذا لم يوجد السبب انتهى الداعي لبحث ما يشترط فيه غير أن ذلك هو ما يفهمه نص القانون<sup>(٢)</sup> .

وإذا بحثنا عن السبب غير الوجود والذي يعلم المتعاقدان أنه غير موجود ويكونان على بينة من أمره لاستطعنا أن نجد مثاله في حالة سند للديونية والذي يقصد به الجمالة للحصول على ائتمان من الغير فلا يصح المطالبة بقيمة السند<sup>(٣)</sup>

---

(١) عبد المولى حجازي في النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ١٥٠ — عبد النعم الصفة

ص ٢٢٣ — ج كرونييه ج ٢ ص ٣٧١ .

(٢) وقد تبه إلى ذلك مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي إذ جاءت المادة ٦٧

منه والتي تنص على السبب التقليدي « الالتزام الذي لا سبب له أو الذي له سبب وهمي يكون باطلاً » .

(٣) في نص المتي حكم محكمة النقض المصرية ١٩٦٠/١/٧ — مجموعة أحكام النقض

السنة ١١ ص ٣١ .



وكذلك إذا كان للدين مكرها على توقيع سند الدين من الدائن فإن ذلك السند يكون باطلا لانعدام السبب وليس قابلا للإبطال للإكراه ، وكذلك حينما يوقع للدين سندا بالدين ثم لا يتسلم القرض ، وكذلك إذا كان السبب ذا طبيعة احتمالية وانعدم هذا الاحتمال تماما وكان للتعاقدان على بيئة من ذلك الانعدام .

وثانيها : يشترط في السبب أن يكون صحيحا وترجع عدم صحة السبب إلى أمرين فيما أن يكون موهوما أو مغلوطا ، أو يكون صوريا<sup>(١)</sup> .

وقد أشارت المادة ١١٢١ فرنسي إلى الأمرين تحت عبارة *Cause fausse* فالسبب المغلوط هو الذي يظنه للتعاقدان قائما وهو غير موجود والنلط فيه هو غلط في واقعة<sup>(٢)</sup> والسبب الصوري هو الذي يملئه الطرفان وما يملآن بهدم وجوده لإخفاء السبب الحقيقي<sup>(٣)</sup> .

والسبب للوهوم يؤدي إلى بطلان العقد لانعدام السبب . أما السبب الصوري فإن الصورية ليست سببا لبطلان في ذاتها ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي فكل ما يترتب عليها هو قلب عبء الإثبات<sup>(٤)</sup> .

والشرط الثالث : أن يكون السبب مشروعا ، وقد صرحنا المادة ١١٣٣

---

(١) الوسيط السنهوري ج ١ ص ٤٨١ .

(٢) بيلان ج ١ ص ١٥٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٤) لم نلأ أن نذكر من الأمثلة لوضوح الفكرة وقد أوردت موسوعة دالوز في

القانون المدني ج ١ سنة ١٩٥١ أمثلة عديدة تحت كلمة سبب ص ٥٢٤ من رقم ٨٨ - ٩٣ .

بأن السبب يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . كما لو كان الشيء الذي تمهد به الملتزم غير مشروع أو خارجاً عن التعامل أو لا يسمح القانون بالتصرف فيه كالجسد الإنساني . فقد أبطلت المحاكم اتفاقاً عقده طيب وسيدة مجوز تمهدت بمقتضاه مقابل مبلغ من المال بقبول تجارب جديدة للطبيب لاعادة الشباب<sup>(١)</sup> وكذلك الاتفاق الذي وعد أحد الأشخاص بمقتضاه المستأجر بمبلغ من المال ليخلل له مسكنه وذلك لأن القانون الصادر أول أبريل سنة ١٩٢٦ في المادة الرابعة عشرة منه « والعدل في ٣٠ / ٥ / ١٩٤٣ » يعاقب بقوة الجنحة المستأجر أو شاغل القار الذي يطلب من المستأجر الجديد أو المؤجر مقابلاً لترك المسكان المؤجر<sup>(٢)</sup> .

وشرعية السبب تتعلق بوجود مطابقة العقود للقانون ويكون السبب هنا بمعنى الباعث الدافع وهو خلاف النرض الأساسي وهو السبب الجرد<sup>(٣)</sup> .

ويجب ألا يكون هناك خلط بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والحل غير المشروع خصوصاً عندما يكون سبب البطلان هو الإخلال بالنظام العام فالبطلان في حالة الحل غير المشروع يكون لسبب داخل العقد وفي الحالة الأخرى يكون لسبب خارج العقد<sup>(٤)</sup> .

---

(١) حكمة ليون ١٩١٣/٦/٢٧ المرجع السابق ص ٥٢٧ رقم ١١٨ .

(٢) والأحكام عديدة في حالة الإيجار لأغراض منافية للآداب ، ولم نأخذ الأطناب فيها .

(٣) ج كرونييه — القانون المدني ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٤) ج كرونييه — المرجع السابق ص ٣٧٤ .

### نقد النظرية التقليدية :

واجهت النظرية التقليدية انتقادات عديدة من ناحيتين أولاً أنكرت كل فائدة للنظرية ورأت الاستغناء عنها ، وثانياً بينهما : أجت على النظرية وبحث في تطويرها واكتشاف دورها الذى تقوم به وتحديد هذا الدور ، وتناول الناحية الأولى بإيجاز لصحتها التاريخية . فقد بدأ الفقهاء فى القرن التاسع عشر نقد نظرية السبب واتجهوا إلى أن السبب فى النظرية التقليدية ليس ركناً متيناً فهو يختلط بالحل فى العقود الملزمة للجانبين ويختلط بالرضا فى عقد التبرع فضرورة وجود السبب تختلط بضرورة وجود الرضا أو الحل كما أن السبب يكون وظيفة مزدوجة مع الحل فى العقد العيني<sup>(١)</sup> .

ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا النظرية الفقيه الفرنسى بلانويل فقد أورد أن النظرية غير صحيحة لأننا إذا قلنا أن سبب أحد الالتزامين للتعاقبين هو الالتزام الآخر فإننا تقع فى استحالة منطقية لأن السبب يسبق للسبب مع أن كلا من الالتزامين نشأ فى وقت واحد من مصدر واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر ، وفى العقد العيني فإننا إذا قلنا أن السبب هو تسليم الشيء فإن ذلك يخلط بين السبب والمصدر الذى أنشأ الالتزام وهو التسليم وهنا يخلط السبب والمصدر ويصبحان شيئاً واحداً ، وأما فى عقود التبرع فإن القول بأن سبب الهبة مثلاً هو نية التبرع يكون لتواً لأنه إذا انهدمت نية التبرع انهدم العقد ذاته فالسبب هنا يخلط بالرضا<sup>(٢)</sup> .

(١) بيان ج ٨ ص ١٤٠ .

(٢) فكرة السبب فى التبرعات — معلل — ص ١١٦ — ١١٧ .

غير أن ذلك النقد قد واجهه الفقيه الفرنسى كاييتان فذهب إلى أنه لا يصح القول بأن السبب فى النظرية يحمل الشيء الواحد سبباً ومسبباً إلا إذا فهما السبب بمعنى السبب الإنشائى ولكن السبب هنا بمعنى السبب القصدى أى الفرض للباشر الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه فإذا كان الأمر كذلك فإن المطلق لا يأتى أن يكون أحدهما سبباً للآخر<sup>(١)</sup> . كما أن السبب ليس هو الالتزام المقابل لحسب بل هو تنفيذ هذا الالتزام<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان يؤخذ على النظرية أن السبب فى العقد العيني يحتل بالحل فإن عقود الفرض والعارية ورهن الحيازة ، وهى عقود عينية فى القانون الفرنسى . تعتبر فى الواقع عقوداً رضائية فالتسليم فيها وهو السبب ليس حتماً السبب الملتزم للالتزام بل هو الفرض الذى يسى إليه المقرض أو الرهن أو المستعير أما الوديعة فيسلم كاييتان بأنها بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بنهر أجر وأن السبب فيها هو رغبة المودع عنده فى إهداء جميل للمودع بحفظ الشيء لديه ، وأما إن كانت الوديعة بأجر جرى عليها ما يجرى على العقد الملزم للجانبين .

ورد كاييتان على اختلاط السبب فى التبرعات — بالرضا — بأن نية التبرع يمكن أن تتصل إلى عنصرين أولهما يختلط بالرضا ، وهو رغبة التبرع فى أن يلتزم . وثانيهما أن يكون التزامه تبرعاً وهو لا يختلط بالرضا أما إذا كان التبرع بشرط للتبرع فإن السبب هنا يكون هو الشرط الذى دفعه

---

(١) ويوافق على ذلك الرد عبد الملى سجاوى فى النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ١٣٦

وعبد النعم الصدة فى مصادر الالتزام ص ٢٥٨ .

(٢) وهو محور جوهرى فى النظرية التقليدية .

للتبرع وكذلك السبب في الوصية فإن الباعث الذى دفع الموصى هو الذى يتبدى به وكذلك إذا أدرج الباعث في المقد فإنه يكون السبب ، وهنا يقع الخلط بين السبب والباعث كما في الفرضين السابقين<sup>(١)</sup> .

### وظيفة السبب والنظرية التقليدية :

على أن نراه نظرية السبب التقليدية يظهر في الأبحاث التى تهدف إلى تحديد دورها في المقد ذلك أن الوظيفة التى يؤديها السبب هي ما يهيم عند النظر إليه .

فالالتزام هو اقضار للدين وتبريره يمكن أن يبحث داخل الحقل الاقتصادى نسبب الالتزام كما يقول جودمان هو القيمة الاقتصادية فهو اقتصادى وموضوعى بصفة جوهرية فهو *La raison d'être économique de cette obligation* وقد أخذ بذلك لويس لوكاس في رسالته الإرادة والسبب<sup>(٢)</sup> وإذا كان السبب في العقود التبادلية هو المقابل الذى يطلبه الملتزم فإننا نجد في تحديد هذا المقابل وجهتي نظر أحدهما تهتم بالسكم والأخرى بالكيف (*quantitatif et qualitatif*) فبحسب وجهة النظر الأولى فإن المتعاقدين هما اللذان يقرران ما إذا كان يوجد تماثل في الالتزامات أم لا والقاعدة العامة أن التبادل الشخصى يكفي والفن ليس إلا استثناء على هذه القاعدة وكذلك الاستقلال<sup>(٣)</sup> .

---

(١) السبب — كاييتان ص ٢٤٤ .

(٢) بحث للاستاذ موري — منشور في المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ٥٩ ص ٤٨٠

(٣) المرجع السابق ص ٤٩٥ — وتحديد المقابل في الفقه الإسلامى مسألة قانونية ذلك أنه لا يترك للمتعاقدن إلا في الحدود التى رسمها الفارح بمنع الربا والتزور والفساد والسرقة والقاسد ويضيق المقود إلى ههنا . . . . .

واختلاف وظائف السبب هو الذى يظهر لنا التفرقة بين معنيين أو فكرتين لكلمة السبب سبب الالتزام الذى يبرر قيامه وهو فى المعاديات التعادل المطلوب *equivalent voulu* وفى التبرعات الباعث الرئيسى (*mobile principale*) . وسبب العقد هو غاية العمل القانونى وهو الذى يسمح لنا بتقدير قيمته وشرعيته . وهذا هو ما اختارته لجنة تعديل القانون المدنى الفرنسى وواضعوا القانون المدنى الإيطالى فالهم هو الوظيفة المزدوجة للسبب .

غير أنه أمام النصوص التى تتكلم عن سبب واحد للالتزام فإن السبب يكون هو الباعث وهو سبب وجود الالتزام الذى ينتجه العقد . إلا أنه الباعث الذى يقيم له القانون وزناً إذ أنه العنصر المبرر للالتزام ومن بين البواعث التى يعرضها القاضى وتدخل فى دائرة البحث يوجد المهم والأقل أهمية بحسب ما يتملق بالحماية الفردية أو الاجتماعية وتكون المفكرة والأماس واحداً<sup>(١)</sup> .

فإذا كان السبب هنا هو الباعث فهو من ناحية أخرى المبرر للالتزام ، ولكن نلاحظ أنه بالنسبة لوظيفة الحماية الاجتماعية *La protection sociale* فإن الباعث إذا كان شخصياً ومتغيراً وخارج العقد فإنه يمكن أن يقوم بهذا الدور بينما لا يستطيع أن يقوم بدور الحماية الفردية *individuelle* إذا كان شخصياً ومتغيراً وخارج العقد وذلك أننا فى مجال تحديد المقابل لا بد أن نتجه إلى ميار موضوعى داخل العقد حتى نستطيع أن نحقق الحماية الفردية عن طريق السبب .

---

(١) وهاتان الوظيفتان للسبب وهاتان جد القانون السويسرى لى تأكيدهما بطريقة واضحة يمكن أن نتوصل إليهما بطرق مختلفة من الصياغة — المرجع السابق ص ٥٠٢ .

وفكرة السبب تختلف عن الوظيفة التي يؤديها هذا العنصر من عناصر العقد فإذا كانت هذه الفكرة نسبية أو خاصة *relatif* لأنها فكرة فنية فإن وظائفها عامة وتدخل في موضوع القانون - وهي وظائف دأمة تتضمن الحماية العادة لمن يلزم بإرادته بمجاورة من الإرادات غير الضرورة وغير الأخلاقية - ذلك أن تعبير الالتزام هو تأكيد للعدل وفي هذه الفكرة وهي أساسية نجد عنصر وحدة السبب في المجال التقادى وخارجه<sup>(١)</sup>.

والرغبة في توحيد السبب - في نظرنا - راجعة إلى أن القانون الفرنسي جعل للشروطية شرطاً من شروط السبب القى يتطلبه قيام الالتزام مع أن المشروعية تتعلق بوظيفة الحماية الاجتماعية على خلاف الحماية الفردية التي يكنى فيها السبب التقليدي ، فإذا اقتصرنا على السبب التقليدي وهو متصل بالإرادة حتى لما أنه المقابل للطلب من التصادق ، لوجدنا أن هذا الاتصال يبدو ضعيفاً فهو اتصال مقترض وهو القى يتم له القانون وزناً لأنه حده بطريقة واضحة ووضع له معياراً موضوعياً وجبه داخل العقد ، بينما اتصال الباعث بالإرادة إذا اتخذنا الباعث سبباً هو اتصال الجزء بالكل لأنه ليس هناك إرادة تنجبه إلى التصرف القانوني إلا وتدفقها بواعث معينة ، ولا يمكن أن نفترض هذه البواعث أو نمجد بطريقة موضوعية ومع ذلك فإن هذه البواعث بطبيعتها هذه هي التي يجب النظر إليها عند أداء السبب لوظيفته التي تتعلق بالحماية الاجتماعية كذلك نجد من ناحية أخرى أنه في عقود التبرعات فإنه لا يبق

---

(١) المرجع السابق - ذلك أن تكوين عقد تبادل لا يصور إلا ابتداء التزامات متعاقبة ومتبادلة بحيث أنه لو لم ينفأ أحد الالتزامين فإن الآخر كئيبة لا ينفأ - أنظر تماله Timbal - السبب ص ٢١٦ .

أمامنا إلا هذه البواعث لأن الوظيفة الوحيدة التي يمكن أن يؤديها السبب في هذا المجال هي الحماية الاجتماعية لأن الحماية الفردية لا تتطلب في هذا المجال ما دام للمتعاقد لا تصح إرادته إلى الحصول على التزام مقابل<sup>(١)</sup>.

وفكرة السبب التقليدية تصلح وسيلة لتقسيم العقود ، فالسبب هو المنصرم الذي يسمح بتقسيم العمل القانوني Cataloguer معاوضة أو تبرعا ، وما إذا كان العقد احتياليا aleatoire أو محددًا Commutatif<sup>(٢)</sup> .

### القضاء الفرنسي والسبب :

والواقع أن النشاط الفقهي في بحث نظرية السبب لم يجد اهتماما يماثله في القضاء فقد كان هناك انفصال بين القضاء والفقهاء فيما يتعلق بمشكلة السبب

---

(١) ويسمى الفقهاء يرى أن السير وراء سلسلة البواعث يقود إلى التضحية المطلقة والتسليم ومع ذلك فإن الإرادة لها السيادة في مجال التبرعات ولهذا فإن المادة ٢/٦٢٤ من القانون الإيطالي الجديد تبطل الوصية إذا حدث غلط في الباعث إذا كان هذا الباعث موجهاً للفرد - وفي مجال الهبات والوصايا فإن فكرة السبب لا تكاد تهمي إذا تمدينا بحث قيامه إلى بحث معرفيته فالسبب في التبرعات هو الباعث الموجه وهو الذي يبرر التزام التبرع ( بحث الأستاذ موري للشار إليه سابقاً ص ٥٠٠ ) والواقع أننا نبعث في الحالين عنصراً متصلاً بالإرادة بيطيحه غير أنه اتصال مفترض ومعد وداخل العقد في الحالة الأولى واتصال متغير وحضي في الحالة الثانية - وطون محمود أبو طانية في التصرف المجرد ص ١٠١ فهو يقرر أن فكرة السبب مرتبطة نظرياً بالإرادة الخاصة وجن يراد تعيين السبب لا يبحث عنه في الإرادة الواقعية .

(٢) ويسمى الفقهاء كروجيو يرى على هذا الوجه من السألة - المرجع السابق ص ٤٩٠ ، كما أن بعضهم يرى أن السبب هو معيار Criterium للفرقة بين العقود التبادلية وللثردة فهو معيار للالتزامات التي تستخدم كأساس لقيام عقد باطل فيصعب السبب صفة في العقد التبادلي روجيو هو ان - الفرقة بين العقود التبادلية وللثردة ص ٢٦٩ فليس السبب شرطاً لصحة عقد تكوين العقد ولكنه فكرة أوسع من ذلك بكثير ذات آثار أوسع وتستر طلبة العقد - المرجع السابق ص ٢٧١ .



حتى سنة ١٨٩٠ لم يكن القضاء الفرنسى يهتم بمعرفة ما إذا كان يلزم للالتزام سبب أم لا فالمشكلة لم تكن قائمة فى القضاء الفرنسى غير أن المحاكم كان لديها فكرة معينة عن السبب <sup>(١)</sup> Une certaine conception de la cause .

وفى سنة ١٩٢٢ كانت المعازعات الماثرة فى الفقه حول موضوع السبب ليس لها أثر واضح فى القضاء وليس من الممكن أن نهتد داخل الأحكام التى كان يصدرها القضاء الفرنسى بصدد مشكلة السبب عن إجابة محددة غمى تعرض فى العديد من الأحكام إلى الاختلافات المخالفة للنظام العام والآداب بدافع من حماية النظام العام وك تطبيق لذلك أبطلت المحاكم الاختلافات المتعلقة بالزواج والاتفاقات الآباء الخاصة بتزويج أبنائهم لما فى ذلك من حساس مجرية الزواج ولم تتردد المحاكم فى إبطال الاتفاقات غير الخلقية وغير المشروعة <sup>(٢)</sup> .

فالقضاء الفرنسى فى تطبيقه للنظرية كان يبنى بالوظيفة التى يؤدىها السبب وهذه الوظيفة لا تخرج كما سبق أن ذكرنا عن الحماية الفردية والحماية الاجتماعية . وقد استقر ذلك التطبيق فى أحكام القضاء الفرنسى قديما وفى الأحكام الحديثة منه إذ تناولت هذه الأحكام فى مجملها السبب كوسيلة للحماية الفردية ووسيلة للحماية الاجتماعية .

فقد أبطل القضاء الفرنسى العقد الذى يتم بين ولوث وبين شخص تمهيد له باكتشاف الوراثة وعناصر البركة لعدم وجود سبب للالتزام إذا كانت الوراثة

---

(١) فى مذكرات جان بولانييه البالغ الإشارة إليها .

(٢) المرجع السابق .

وعناصر التركة معروفة ، ويمكن أن يصل إليها الوارث دون تدخل هذا الشخص<sup>(١)</sup> *généalogiste* .

وقد قضت محكمة النقض برفض الطعن الذى قدم لما عن حكم محكمة الاستئناف الذى أبطل الاتفاق<sup>(٢)</sup> ، وهذا هو السبب التقليدى فى حالة تخلفه ، وقد قرر القضاء الفرنسى أنه فى العقود والاتفاقات التى بحسب طبيعتها يتطلب الالتزام فيها التزاماً آخر مقابلاً يبطل الاتفاق أو القصد إذا لم يكن الالتزام الآخر موجوداً وذلك بسبب تخلف السبب جزئياً أو كلياً ويكون جزاء ذلك البطلان أو حتى تخفيض الالتزامات ، وفى نفس المنى تضى نظرية السبب فى الأثر مع نظرية التبن وتسمح بإعمالها خارج الحدود التى حددها للشرع للتبن غير أنه إذا كان القصد صحيحاً فإن القاضى لا يملك أن يخفض الالتزام للمقابل الذى اشترط فى القصد<sup>(٣)</sup> ، كما أبطل القضاء الفرنسى الإقرار بدين إذا كان صورياً يقصد به غش الخزانة العامة من جانب المقر<sup>(٤)</sup> ، وجعل السبب فى الاتفاقات التى تتم بين ملاك متعديدين على حقوق ارتفاق متبادلة هو إرادة كل من المتعديدين الحصول على مميزات لقاره مقابل التمسك التى قبلها على عقاره هو<sup>(٥)</sup> .

(١) أشخاص لهم مكاتب ويقومون بيش الأعمال الثانوية فى فرنسا دون أن يكونوا من المالكين .

(٢) أحكام المبادئ فى القضاء الذى الطبعة الرابعة سنة ٦٤ س ٢٥١ — ومشار إلى الحكم والى التطبيق والحكم صادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٣٥ — وهذا الحكم يلتفت النظر إلى المباح للمالى التزام *Son élément matériel* .

(٣) التطبيق على الحكم الممار إليه سابقاً — المرجع السابق س ٢٥٣ — ولان ج كرونييه ج ٢ س ٣٩٨ .

(٤) محكمة Pau ١٨/١٠/١٩٥٠ للنشور بموسوعة دالوز سنة ١٩٦٦ تحت

سبب رقم ٨٨ س ٨٢ .

(٥) وهو ما أخذ به القضاء المصرى فى نفس الحالة كما نشر فيما بعد .

على أن عدم قيام السبب يختلف عن حالة السبب الصوري وعن حالة السبب المفقود وهذان ليسا بذاتهما سببين للإبطال ، وفي حالة ما يستطيع للدين إثبات عدم وجود السبب فإن الدائن لا يستطيع في حالة انعدامه ، أن يحتج بالمادة ١١٣٢ فرنسي لإثبات قيام سبب آخر حقيقي ومشروع<sup>(١)</sup> ، والاعتراف بدين يكون صحيحا ولو كان سببه للذكور فيه كقرض غير مشروع صوريا كما لو تبين أن السبب الحقيقي هو دفع ثمن بضائع استلمها التعمد<sup>(٢)</sup> . وهذا السبب مشروع ومن ناحية أخرى فقد أبطل القضاء الفرنسي الكثير من العقود عن طريق فكرة النظام العام وحسن الآداب فليس من اللازم أن يكون العقد أو الاتفاق مخالفا لقانون مدين بل يكفي أن يكون مخالفا لفكرة النظام العام أو الآداب حسب تراها المحاكم مستهدية في ذلك بالقواعد السامية في مجتمع معين .

فلا تكون الاتفاقات التي تتضمن قيوداً على حرية الزواج صحيحة طبقاً للمادة ١١٣١ مدي فرنسي ويكون اتفاق العمل الذي ينص على منع للضيعة الجارية من الزواج باطلاً في خصوص شرط للتع من الزواج لمساسه بحق الزواج المتصل بالنظام العام<sup>(٣)</sup> وكذلك إيجار محل إذا اتفق المتعاقدان بعد العقد على استغلال المحل للزجر في أغراض منافية للآداب ، ولتقاضى للوضوح أن يبطل بطلان الحرية ما إذا كان العقد يمثل سببا غير مشروع ، ولا يستطيع الشخص الذي يشترك في مشروع من هذا القبيل أن يحتج بالعقد<sup>(٤)</sup> .

(١) محكمة أنجور Angers ١٩٠٩/١/١٦٦٢ — دالوز سنة ١٩٦٦ — سبب رقم ٩٧.

(٢) محكمة باريس ١٩٥٣/١٦/٢٩ — المرجع السابق رقم ٨٨ .

(٣) محكمة باريس ١٩٦٣/٤/٣٠ — المرجع السابق رقم ١١٦ .

(٤) نفس فرنسي ١٩٥٦/١٢/٤ — المرجع السابق رقم ١٢١ — وبلا حظ أن المحكمة أبطلت العقد مع أن المتعاقدين اتفقا بعد العقد على الترض غير المفروض .

كما أ بطل القضاء الفرنسي للاتفاقات التي يقصد منها إنشاء علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة أو استبقائها ، أما إذا كان الاتفاق أو التبرع لا يستهدف إنشاء هذه العلاقة أو استبقائها بل على العكس تقييذا لالتزام يقع على ضمير للتبرع لضمان مستقبل سيدة صغيرة السن وهبت أحسن أيام حياتها للتبرع الذي تركها فإن ذلك التبرع يكون صحيحاً<sup>(١)</sup> والالتزام بالاتفاق على الابن الطبيعي للزمام صحيح وليس سببه الأبوة في الواقع ولكن اعتقاد هذه الأبوة من جانب للتبرع<sup>(٢)</sup> والالتزام الشخص بتعويض الزوج الذي وجده مفرداً مع زوجته ليلا يكون ذا سبب مشروع إذا لم يكن الالتزام الوارد به قد حصل عليه الزوج بالإكراه<sup>(٣)</sup> وكذلك يصح اتفاق الشخص الذي يلتزم بمقتضاء بالاتفاق على أخيه الطبيعي لأن ذلك من الواجبات للقروضة بمقتضى الأمانة Honnêteté وهي التزامات طبيعية تكون التزامات مدنية سببها قائم إذا تضمنها اتفاق<sup>(٤)</sup> .

ويلاحظ أن المحاكم لا تردد في إبطال الاتفاقات التي تخالف النظام العام أو حسن الإداب بقدر ما تتردد أحياناً في إبطالها لانعدام السبب ( بالمعنى التقليدي وبنفس النظر عن شرط للمشروعية ) ذلك أن وظيفة السبب كوسيلة للعناية الاجتماعية أيسر وأكثر بساطة من وظيفته كوسيلة للعناية الفردية لأننا نجد في الحالة الأولى أماناً معياراً واضحاً تستلهمه المحاكم من القانون أو القواعد السائدة في مجتمع معين ولا يشكّل في ذاته خطراً على حرية التعاقد أو على سلطان الإرادة إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام أو الآداب ، أما في

(١) قس فرنسي ١٦/١٠/١٩٥٩ - المنشور بالمرجع المشار إليه سابقاً رقم ١٦٥

(٢) محكمة كولمار ١/٩/١٩٥٨ - المرجع السابق .

(٣) القانون المدني مع التطبيق Code civil annoté ص ١٠٤ رقم ٥٠ .

(٤) المرجع السابق ص ١٠٣٧ - وسرفة ما إذا كان السبب بمنزلة أم لا هي مسألة

قانون ص ١٠٣٧ .

الحلقة الثانية فإن الحماية الفردية التي يكون السبب وسيلة إليها قد تتعارض مع سلطان الإرادة ومع حرية التعاقد كما أنها تتصل بالتضال والتعادل بين الالتزامات وهي مسألة لا نجد فيها معياراً محدداً واضحاً ذلك أن المقابل الذى يلزم التعاقد بسببه يجب أن يكون جدياً وحقيقياً<sup>(١)</sup> وقد طبق القضاء ذلك على حالة السبب غير الحقيقى putative والسبب التافه dérisoire كما يطبقه فى مسألة تخلف السبب واختفائه بعد تكوين العقد<sup>(٢)</sup>.

**التصرف المجرد** ونعرض بإيجاز لفكرة التصرف المجرد ذلك أن النظرية التقليدية للسبب هى التى قد تستجيب لهذه الفكرة<sup>(٣)</sup>، أما السبب بمعنى الباطن الدافع فلا يصور أن يكون التصرف مجرداً منه .

وإذا نحن تمسنا فى تاريخ السبب نجد أنه قد مر بأربعة مراحل مختلفة :  
الأولى كان التصرف فيها مجرداً إذ كانت الشكلية فى العقود ضرورية كما كانت كافية للالتزام وذلك قبل أن تتدخل فكرة السبب وفى المرحلة الثانية كان السبب يصحح فيها مثالة الشكلية وما تودى إليه من نتائج غير عادلة دون أن يكفى السبب بمفرده لتكوين الالتزام فكانت الشكلية والسبب ضروريين وفى المرحلة الثالثة نجد أن السبب وحده أصبح كافياً وصارت الشكلية غير ضرورية .

---

(١) والأمل أن التعاقد يصل إلى التعادل بإرادته وقد حثت الدولة للتعاقد الذى يقع فريسة التبن وهو بمثابة الضرر المحال الذى يحدث لأحد الطرفين أو عدم المساواة فى القيمة بين ما قدم وما أخذ — وليس هو الذى يقع على ناس الأهلية ج . كربوليه فى القانون المدنى ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٢) بيدان ج ٨ ص ١٤٤-١٤٦ .

(٣) مع قيام الخلاف على وجود التصرف المجرد فى القوانين اللاتينية التى تأخذ بالإرادة البليغة كالقانون الفرنسى والمصرى . واعتبار للمساواة مجرد مشكلة من مشاكل الإثبات .

أما للرحلة الرابعة وبعد تقرير حرية التصاقد أصبح السبب ضرورياً لملافة الأضرار الناشئة عن حرية الإرادة إذا أطلقت في المجال التصاقدى<sup>(١)</sup>.

وفي المرحلة الأولى كان التصرف مجرداً وفي الرحلتين الثانية والثالثة لم يكن بد من السبب. أما في المرحلة الرابعة وفيها يكون السبب ضرورياً فإننا نساءل هل يتصور أن يكون التصرف مجرداً من سببه؟

والتصرفات المجردة نوع من التصرفات وضعت له قاعدة في القوانين الجزائية إلى جانب التصرفات المدنية والتي يعتبر السبب فيها ركناً يجب أن يتصف بالصحة والمشروعية، والتصرفات المجردة في هذه القوانين لا يمتد فيها بالسبب أو عيوب الإرادة<sup>(٢)</sup>.

وقد رأينا أن المادة ١١٣٢ مدني فرنسي تجعل الالتزام صحيحاً ولو لم يذكر سببه. كما رأينا أنه في القانون الروماني كانت السندات وسيلة لإثبات ضد المدين ولكن كان عليه الإثبات حينما يدعى أن الدين بلا سبب، وفي عهد الإمبراطور كرا كلا وضعت قاعدة لمصلحة المدين فجعل الإثبات على الدائن إذا دفع المدين طلبه بالدفع Exceptio non numeratex pecuniar ثم في عهد جوستنيان حدثت قفزة بين ما إذا كان السند مثبتاً فيه قبض المال أم لا وفي

---

(١) بوا جيزان في السبب ص ١١٦.

(٢) الوسيط في مصادر الالتزام السهوري ص ٥٠٨ ج ١ — والتصرفات المجردة ملزمة مفقود انتقال الملكية والحق البني يوجه عام وملامحة من المقود المنشئة للالتزامات ينس عليها في حالات معينة بنائها كالتعهد المبرد بالوفاء والاعتراف المبرد بالدين — وقد رأى الدكتور عمود أبو عاقية في رسالته التصرف المبرد أنه هو التصرف الذي يعلم بنس النظر من اختلاف الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة — ورأى أنه نظام استثنائي سواء في القانون الألماني أو الفرنسي ص ٢٩٠ — ويوافق ذلك كايغان في السبب بند ١٧٤.

الحالة الأولى يكون عبء الإثبات على المدعى وفي الحالة الثانية على الدائن<sup>(١)</sup> ، ثم حُجرت هذه التفرقة في عهد القانون الفرنسي القديم وأصبح المدعى الذى يوقع سبندا مكتوباً ملزماً به إلا إذا أثبت العكس!

وفي ظل المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى فإن السألة محل نزاع فالبعض يرى أنه يجب على الدائن أن يثبت قيام سبب الالتزام فى التصرف ويستطيع ذلك بالقرائن والشهود (لأن السند يعتبر عندئذ مبدأً ثبوت بالكتابة) . كما يرى البعض الآخر التفرقة بين ما إذا كانت عبارات السند تتضمن اعترافاً بالدين *Je reconnais devoir* أو وعداً بالدفع *Je promets* فى الحالة الأولى يكون عبء الإثبات على المدعى وفي الحالة الثانية يكون على الدائن ، وهى تفرقة منتقدة فى الفقه الفرنسى والرأى السائد أن المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى تُلغى عبء الإثبات على المدعى<sup>(٢)</sup> .

وتتكون للسألة بذلك من مسائل الإثبات ، وبذلك لا يتعارض التصرف المجرّد مع نظرية السبب التقليدية .

#### النظرية الحديثة فى السبب :

ولا شك أن النظرية التقليدية فى السبب قد انتقلت إلى القانون الفرنسى وهى تحمل آثاراً من الصياغة الرومانية ، وقد بدأ الفقيه الفرنسى كاييتان عند مارد على النقد الذى وجه إليها الخلط بين السبب والباعث فى بعض القروض

---

(١) كولان وكاييتان الطبعة الثانية ص ٧٦ .

(٢) المرجع السابق .

التي تناولها . ثم كانت تطور النظرية والاتجاه إلى توحيد السبب ذاعيا إلى ذلك الغلط . كما كانت حاجة القضاء إلى إبطال التصرّفات والمقود التي تخالف النظام العام أو الآداب هي التي دعت إلى كسر الحواجز بين السبب والباعث حتى يستطيع القضاء الاستجابة للضرورات العملية التي تعرض له <sup>(١)</sup> .

إذ أن حيب النظرية التقليدية الجوهرى يتركز في أنها لا تمتد بالباعث على التصرف أو سبب المقد وإلّاما توجه اهتماما لسبب الالتزام مما يقصر في بعض الأحيان عن ملاحقة تصرفات تقتضى الحماية الاجتماعية لإبطالها .

وبذلك فإن السبب في النظرية الحديثة ، ويرجع الفضل فيها إلى القضاء هو الباعث المانع للالتزم على الالتزام ، ذلك أن الإرادة وقد أصبحت قادرة على الالتزام وإنشاء العلاقات القانونية التي تريدها فإن هذه الإرادة يجب ألا يجرّكها باعث لا يفتق مع القانون أو الأخلاق ، فالسبب هنا يصبح قيدا على الإرادة المتعاقلة ووسيلة لتلافى الأخطار الناشئة من حرية الإرادة <sup>(٢)</sup> ، وفي الوقت نفسه فإننا نستطيع أن نستنتج من النظرية التقليدية السبب . بفكرة الارتباط بين الالتزامين في المقود التبادلية وهي أدق من الناحية الفنية وتسمح لنا بتطبيق جزاء البطلان على انقطاع الارتباط عند تكوين المقد والقسخ على انقطاعه بعد تكوين المقد ، وبالتقول بأنه إذا كان السبب في المقد المعنى هو التسليم فإن المقد لا يقوم بدونه وبذلك نستنتج عن القول بعدم وجود السبب . بالتقول بعدم

---

(١) الوسيط السنهورى ط سنة ٥٢ ج ١ ص ٤٥٦ ، وعمود أبو عافية في التصرف المبرر ص ١١٠ - ١١١ عيد المنم فرج السنة في مصادر الالتزام ص ٧٦١ ، ٧٦٢ .

(٢) بوايزان في السبب ص ١١٦ .



وجود العقد نفسه . كما أن نية التبرع التي تعتبر سببا للتبرعات لا تمنى شيئاً بذاتها والرضا يتضمن حماية التبرع فاندماهما يعنى انعدام الرضا .

كما يمكن أن نستغنى عن شرط الصعقة في السبب بنظرية الحل ، ونستطيع أن نستغنى عن شرط المشروعية بأن الالتزام الذى يرتبط بالالتزام غير مشروع أو مستحيل يكون باطلاً<sup>(١)</sup> .

فإذا اتينا إلى القول بفساد النظرية التقليدية ، وإلى الأخذ بالباعث كسبب للالتزام وجب علينا أن نحدد أى باعث يكون سببا للالتزام وكيف ينضبط هذا الباعث وكيف نحاسب كلا من طرفي العقد على الباعث غير المشروع .

### ما هو الباعث

أما السبب فهو الباعث الدافع للوجه *mobile impulsif et determinant* للبواعث التي تدفع إلى العمل القانوني كثيرة ومتنوعة ، وتعمل الظواهر الإرادية يكشف لنا أن البواعث تكون سلسلة لا تنتهى فيجب أن نقطع هذه السلسلة عند نطاق معين وأحسن طريقة لاختيار هذا النطاق هو الجمع بين النظرة الموضوعية والنظرة الشخصية وذلك باعتبار العناصر الموضوعية والبحث من النوايا ففي النظرية الحديثة ليس السبب إلا باعثاً وباعثاً موجباً<sup>(٢)</sup> والسبب الدافع هو السبب سواء في عقود المعاوضات أو للتبرعات وإذا كان بعض

(١) راجع الوسيط السنهورى ج ١ ص ٤٩٢ — ٤٩٥ ط ١٩٦٦ وقد فصل القول في ذلك ولم تر حاجة للاطناب فيه .

(٢) بحث الأستاذ مورى في المجلة الدولية للقانون المدني سنة ١٩٥١ ص ٤٩٣ ، ص ٥٠٧ .

التقضاء يرى أن السير وراء سلسلة البواعث يعود إلى الشخصية المطلقة والتحكم فإن الإرادة لها السيادة في مجال التبرعات ولا تكاد فكرة السبب تتغير إذا تعددنا بحث قيامه إلى بحث مشروعته فالسبب في التبرعات هو الباعث الموجه وهو الذي يبرر التزام المتبرع .

وفي سبيل فكرة واحدة فإن سبب الالتزام هو الباعث وهو سبب وجود الالتزام الذي ينتجه المقد وهو الباعث الذي يقيم له القانون حسابا .

وقد بقي السبب عند القضاء هو الباعث الموجه سواء في عقود التبرعات أو الماوضات فإذا كان الباعث الموجه غير مشروع أو غير أخلاقي فإن المقد يبطل<sup>(١)</sup> .

على أن الباعث الموجه لا يثير مشكلة في التفرقة بين النظرية التقليدية ونظرية القضاء في حالات استثنائية يكون السبب هو الباعث المشترك المشار إليه في المظهر المشترك لإرادة المتماقين<sup>(٢)</sup> ، وقد درج القضاء في فرنسا على أن إثبات الباعث غير المشروع يكون من العمل نفسه في بياناته أو يستنتج منه<sup>(٣)</sup> .

فالباعث الذي يعتبر سببا في المقد هو الباعث الدافع الموجه وهو الذي يجب الوقوف عنده ، ويراها البعض مجرد وسيلة احتياطية تعمل في حالة عدم مشروعيتها<sup>(٤)</sup> .

---

(١) ميان ج ١ ص ١٤٣ .

(٢) جوسران البواعث في التصرفات فقرة ١٥٩ .

(٣) كولان وكايجان الطبعة الثانية ص ٧٣ واستبعد مبال Timbal كل أثر لبواعث في التصرف وعاب على القضاء عاقلته التي تهدف إلى إدخال الأنكار الأخلاقية للقضاء في القانون مع أن المشرع لا القاضي هو الذي يوفق بين القانون والأخلاق ، عامل السبب في التبرعات ص ١١٦ - ١١٧ .

(٤) عبد الحى حجازي النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ١٦١ .

### كيف ينضبط الباعث :

إن إرادة الشخص الذى يلتزم قد تمر بعدة مراحل فالإنسان حتى يتعاقد بإرادته قد يمر بأدوار معينة من حيث البواعث التى تدفعه إلى التعاقد حتى يتم العقد ، والفرقة بين البواعث تدق لأن طبيعة البواعث نفسانية محضة ومن المصعب أن نضع تعديداً لكل مرحلة منها أو أن نضع تعريفاً لباعث معين يعتبر وحده موجهاً ودافعاً دون غيره من البواعث التى تعقل فى نفس التعاقد حتى ينتهى به الأمر إلى التعاقد .

وقد قسم الفقيه الفرنسى جوسران البواعث إلى ثلاث فئات أولها الباعث الداخلي *mobile intrinsèque* (ويسميه أحياناً الباعث التصدى والسبب المباشر) وهذا الباعث عنده جزء من النية ويكون معاصراً لتشكوين العقد . وهناك الباعث الذى يتعلق بالماضى ويسبق التعاقد ويمرّك الشخص الذى يقدم على التعاقد وهو باعث بسيط *simple motif* .

وأخيراً الباعث الذى يتعلق بالمستقبل ويكشف عن الفرض الذى ينتظر من العمل القانونى *mobile - but* ، وهو السبب الثانى .

وهذا السبب الأخير هو الذى يستند به جوسران ويشترط فيه الصحة والمشروعية<sup>(١)</sup> .

---

(١) جوسران فى البواعث فى الأعمال القانونية بند ٢٦ ، ولاحظ مع ذلك صعوبة الفرقة بين العلويات التى عندهما ، وهناك تسميم آخر قال به الإمام التزلى فى أحياى علوم الدين فقرر أمرين أن كل عمل اختيارى لا يغلو من باعث ( وهو ما يقرره علماء القانون ) وأن للبواعث قد تتحد فى السبل الواحد وكل منهما كاف للقدرة ، وقد قسم الإمام التزلى =

### المعلم بالباحث غير المشروع :

ومشكلة البحث عن البواعث وعن نية للتأكد في بحث السبب غير الأخلاق في المقد للزم للجانبين تؤدي إلى صعوبة أخرى فهل البواعث جزء من السبب أم هي مستقلة عنه ، وهل يجب أن تلعب البواعث دوراً قانونياً ، ولا يشور ذلك في الحالة التي يكون فيها الباحث غير الأخلاق متصوفاً عليه في المقد لأنه إذ ذاك يعتبر داخل في المقد وانحطاً فيه يمكن أن يؤدي إلى البطلان<sup>(١)</sup> والباحث الذي يعتبر غير مشروع ويؤدي إلى البطلان يجب أن يكون باعثاً موجباً *determinant* . فهذا هو الباحث الذي يعتمد بمشروعيته أو بعدم مشروعيته ، وانحط الموضوع له الحرية في تقرير الباحث للوجه أو الدافع وليس كل باعث موجه يعتبر سبباً حتى ولو كان غير مشروع . إلا إذا كان مشتركاً *commun aux deux partis* . أو موجباً لأحدهما ومعلوماً من الآخر وبمقتضى الأحكام يبين أن المحاكم تقيم قضاها في خصوص البطلان على النية المشتركة أو على علم أحد الطرفين بالباحث الموجه للآخر<sup>(٢)</sup> ، ولم يتطلب القضاء

---

= العمل الإداري ( الاختياري ) إلى ثلاثة مراحل علم ، وإرادة ، وقدره وجعل النية ( وهي الإرادة عنده ) تتوسط العلم والقدره فأذا حصل العلم انبثت الإرادة وإذا انبثت الإرادة انتهت القدرة الثانية عبارة عن الصفة المتوسطة ظهرك الأول هو النرض المطلوب وهو الباحث وهو المقصد — إحياء علوم الدين للزالي ج ٢ ص ٣١٢ — وسوف نعرض ذلك فيما بعد عند بحث الجزاء على النية غير المقصورة المأخذ في الفقه الإسلامي — وهذا الجزاء لا يتوقف على مجرد النية غيب بل على ما يؤدي إليه المقد غالباً بحسب ميار موضوعي .

(١) روجير دورا — السبب غير الأخلاقي — رسالة ص ٦٠ — ٦١ .

(٢) روبرت بولانغيه ج ٢ نية ٣١٨ .

(٣) موسوعة دالوز في القانون المدني سنة ١٩٥١ ص ٥٣١ رقم ١٥٤ والأحكام

المشار إليها تحت رقم ١٥٥ .

أن يكون الباعث الموجه إذا كان غير مشروع ظاهراً في العقد بل يكفي علم  
المعاقد الآخر به .

والبطلان القى يلحق العقد في حالة السبب غير المشروع هو بطلان  
للمصلحة العامة ولا يخلق الطرف الآخر حتى ولو لم يكن يعلم بالفرض غير  
المشروع حماية ماء وذلك أن هذه الحماية تقتضى استبعاد البطلان كجزاء ، وهو  
مقرر للمصلحة العامة ، ويلحق العقد كله وليس التزام أحد أطرافه بحسب <sup>(١)</sup> .

وفي عقود التبرعات فإن الباعث الموجه غير المشروع هو القى يستد به في  
إبطال العقد ، ويلاحظ أن مسألة السبب لا تكاد تتغير عند بحثها في عقود  
التبرع إذا تمدينا بحث وجود السبب إلى بحث مشروعيته ، وفي المبائ  
والتبرعات يكون لارادة المتبرع السيادة والباعث القى يوجهه هو الذى يبعث  
عنه التفاضى ، ومن ناحية أخرى فإن من يخلق التبرع لم تمس ذمته الأصلية  
بشيء ينقص منها إذا ما أبطل التبرع للباعث غير المشروع .

على أن المشكلة التى يجب حلها في تطبيق النظرية الحديثة وهى نظرية  
القضاء تطبيقاً سليماً هى مشكلة تحديد مسئولية كل من الطرفين عند إبطال  
العقد للباعث غير المشروع ونحن نستبعد حالة اتفاق الطرفين على الباعث غير  
المشروع فذلك حالة تستوجب بطلان العقد ومؤاخذة الماقدن بهذا الإبطال  
وإنما يشور البعث في حالة الباعث غير المشروع الذى يوجه أحد الطرفين ،  
وموقف الماقد الآخر منه .

---

(١) وفى الفتة الإسلامى فإن العقد الفاسد « يجب رده » من التفاضى من تلقاء نفسه  
أو بناء على طلب الماقدن أو أحدهما — ومسألة حماية الطرف الآخر لا تشور إذا أتى العقد  
مقاصد الفارح وسنعود إلى ذلك تفصيلاً فيما بعد .

فالقهاء الفرنسيين كاييتان<sup>(١)</sup> يرى أن يكون الطرفان على اتفاق بالنسبة للبائع غير المشروع بمعنى أن العمل الملوث يكون مقصودا من الطرفين ، وهذا الرأي يضيّق من حالات الإبطال للبائع غير المشروع إذ أن هذا البائع لا يثبت ولا يشار إليه في المقد وهو العملية التي تجمع الماقيدين ويكون من الصعوبة بمكان بعد ذلك أن تثبت اتفاقهما على البائع غير المشروع .

ويفرق جوسران<sup>(٢)</sup> بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات ففي عقود المعاوضات يبعث الفاضى عن يواحث الطرفين التي وجهتهما إلى إنشاء العملية القانونية والتي تكون قصدا مشتركا لها ، وفي التبرعات تكون السيادة لارادة المتبرع فهو الذي ينشئ المقد والمبرة بالبائع الذي يوجهه هو ، ويلاحظ هنا أن المسألة ليست تطبيق معيار للاتفاق أو العلم وإنما هي تفرقة مبناها دور المتبرع الظاهر في إنشاء المقد وأن المتلقي لا تفقر ذمته إذا أبطل التبرع . أما في تطبيقات القضاء فيكتفى بأن يعلم الطرف الآخر في المقد بالبائع غير المشروع الذي يوجه الطرف الأول أو يكتفى بأنه كان يستطيع العلم بهذا البائع<sup>(٣)</sup> .

---

(١) كاييتان في السبب رقم ١١٢ .

(٢) البواحث في الأعمال القانونية لينة ١٥٩ .

(٣) ويفرق بواجيزان بين عقود المعاوضة والتبرع ففي الأول يجب أن يسم كل من الطرفين في البائع غير المشروع . أما في التبرعات فيكتفى علم الطرف الآخر ( المتلقي ) .

(٤) بواجيزان — السبب ص ٥٧٤ ومايلها .

## الفصل الثاني

### السبب في القانون المصري

في القانون القديم :

وصلت النظرية التقليدية في السبب كما بسطناها في الفصل السابق إلى القانون المصري عند وضع المجموعة المدنية المصرية سنة ١٨٨٣ وصيغت النصوص المتعلقة بالسبب في نص واحد هو المادة ٩٤ من القانون المصري القديم « يشترط لصحة الشهادات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » . وهذا النص صحيح وتفضله النصوص الفرنسية التي نقل منها وبذلك فقد كان يشترط في السبب في القانون القديم أن يكون موجوداً وصحيحاً وجائزاً وقد كان الفقه في ظل القانون المصري القديم يجري في تفسير المادة ٩٤ من القانون على ما تؤدي إليه النصوص الفرنسية المتعلقة بالسبب وهي المصدر الذي نقلت عنه المادة ٩٤ مدني<sup>(١)</sup> . كما كانت أحكام القضاء تفرق بين السبب وبين الباعث فتجعل الأول مؤثراً في قيام الالتزام وصحته وتنفى تأثير الباعث على العقد وكانت بعض الأحكام تصرح بهذه التفرقة أخذاً بالتفرقة القائمة في النظرية التقليدية في الفقه الفرنسي بين سبب الالتزام وبين الباعث الذي لا يؤثر على وجود الالتزام تقضى بأن سبب استحقاق البائع

---

(١) أسرار الشهادات — محمد صالح م ٢٩٥ وما بعدها ، مقال لعبدالمجيد رضى .

مجلة الحاماة السنة ١٠ م ٦٤٣ .

( ٤ — سبب الالتزام )

فالشئ هو استلام المشتري للمبيع<sup>(١)</sup>. كما قضى بأنه يجب التمييز بين الفرض الذى يرغب للتعاقد فى الوصول إليه وهو السبب وبين الباعث على المقد وهو غير مقصود مباشرة بالتعاقد<sup>(٢)</sup> وقضت محكمة النقض بأن السبب فى عقد القرض هو دفع الدائن مبلغ القرض إلى الدين<sup>(٣)</sup>. كما قضت بأن إعطاء شخص ما يزيد على نصيبه فى القسمة بلا سبب يكون باطلاً لأنه ليس له سبب مشروع<sup>(٤)</sup> والسبب الذى تعنيه هذه الأحكام هو السبب بالمعنى التقليدى والذى يعنى الالتزام المقابل أو تنفيذ ولا صلة له بالباعث على المقد والذى وصفه أحد الأحكام بأنه غير مقصود مباشرة بالتعاقد . فالسبب إذا هو الفرض المباشر المقصود بالتعاقد وهو بهذه الصفة موضوعى يتغير بحسب نوع المقد فحسب وهو داخل فى المقد ولا يصح الخلط بينه وبين الباعث على المقد وهو أمر ذاتى . إذ لا يمتد بالباعث وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما<sup>(٥)</sup> .

على أن بعض الأحكام لم تذهب إلى التفرقة السابقة ، وأتمحت إلى اعتبار الباعث على المقد حتى قبل صدور القانون الدنى . فقضى بطلان الاتفاق على العدول عن أقوال أبدت فى تحقيق معين نظير مبلغ من المال لأن ذلك يؤدى إلى شهادة الزور<sup>(٦)</sup> . وكذلك بطلان الاتفاق على تحمل غرامة جنائية يحكم

(١) استئناف الاسكندرية ٦/٨ سنة ١٩٤٩ — المحاماة السنة ٢٩ ص ٦٢٠ .

(٢) استئناف مجلة ٥٣/٥/٢٣ المجموعة الرسمية بالبدول الصرى رقم ٣ ص ٧١ .

(٣) نقض ١٩٣٢/١١/٣ — المحاماة — السنة ١٣ ص ٣٨٧ .

(٤) نقض ٤٥/١/١١ مجموعة عمود عمر ج ٥٠١٧ .

(٥) استئناف مصر ٢٩/١١/٢٦ — المحاماة السنة ١٠ ص ٢٩٠ .

(٦) محكمة كفر الشيخ الجزئية ٢٧/٦/٢ — المحاماة السنة ٨ ص ٨١ .



بها بسبب البيع بأكثر من التسعيرة<sup>(١)</sup> . ويلاحظ في هذه الحالة أن محل الالتزام وهو المدول عن أقوال أديدت في التحقيق غير مشروع ويمكن أن يبطل الالتزام بسبب عدم مشروعية محله ، وفي الحالة الثانية كذلك لأن محل الاتفاق هو عقوبة الغرامة ولذلك فإنه بالنسبة للبائع غير المشروع فلا يظهر هنا طبيعة البائع بمقتضى النظرية الحديثة للسبب . لأن البائع هو غاية يريد للالتزم الوصول إليها ويضبط العقد وسيلة إلى ذلك . كما لو حررت أم سنداً لابتها وكان القصد منه الضمان على قواعد الأثر بمرمان من عدا الأبناء من نصيهم الشرعي<sup>(٢)</sup> .

على أنه إلى جانب ذلك فإن بعض الفقهاء قد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب أو نظرية القضاء قبل صدور التقنين المدني . باعتبار أنها تحقق حماية أكثر ضد النفايات والبواهب غير للشريعة وبسبب إمكان الاستثناء عن النظرية التقليدية<sup>(٣)</sup> . وقد كان خصوم النظرية التقليدية في فرنسا ومصر يقولون بذلك اعتقاداً على إمكان الاستثناء عن النظرية . بفكرة الحل غير للمشروع أو انعدام الرضا إذا كان الأمر بصدد تبرع من التبرعات .

واتجاه القضاء إلى اعتبار البائع على التقادد أمر متحمته الضرورة لإزاء الحاجات العملية التي تمرض له والتي لا يمكن الاكتفاء في مواجهتها بالصياغة الفنية لنظرية السبب التقليدية والتي تضيق إلى حد كبير من مجال الحماية

(١) عمكة النكحة الجزئية ١٩١٩/٢/١١ — المجلوعة الرسمية السنة ٢٠ من ١٢٤ .

(٢) تقي ١٩٤٩/٤/١٤ — مجموعة عمود عمر ج ٥٥ ص ٧٥٧ .

(٣) محمد كامل مرسى في الالتزامات ص ٤٧٠ ، السهوى نظرية العقد فقرة

الاجتماعية ضد البواعث والغايات غير للشريعة والتي يبدو فيها المقد إذا  
استكمل بناءه الفني مجرد وسيلة للوصول إلى ما يحرمه القانون .

### السبب في التقنين المدعى المصري :

وعند وضع مشروع القانون للدنى للمصرى عرض واضموا للشروع  
لفظية السبب وقد كشف واضموا للشروع عن رأيهم فى الانحياز إلى جانب  
النظرية الحديثة التى تمتد بالبائع الدافع وتحمله سبباً للالتزام ، واستبعدت  
للمذكرة الايضاحية للقانون أن تأخذ بما أخفت به بعض التشريعات من التفرقة  
بين سبب العقد وسبب الالتزام على غرار ما فعله القانون اللبناني مما يعنى  
ازدواج السبب ، ورأى واضموا للشروع أن السبب كما يصوره القضاء الفرنسى  
والقضاء المصرى بمعنى الباعث للتعث يدخل فى نطاق القانون للدنى عنصراً  
نفسياً من عناصر الأخلاق يحمد من نزعة للمادية وهى بد نزعة يشهد طغيانها  
فى بعض الأحيان<sup>(١)</sup> . وأنه لا فرق فى ذلك بين عقود للماوضات وعقود  
التبرعات .

وبذلك قد أوضحت الأعمال التوضيرية للقانون أن للشرع قد نهذ  
النظرية التقليدية فى السبب وجاوزها إلى النظرية الحديثة أو نظرية القضاء .

وقد جرى نص المادة ١٣٦ من القانون للدنى بأنه « إذا لم يكن للالتزام  
سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

ولم يصرح القانون بالتقصود من السبب ، وتخطت للمذكرة الايضاحية

---

(١) مجموعة الأعمال التوضيرية ج ٢ ص ٢٢٠ .

لقانون كما ذكرنا باقتناع النظرية الحديثة ، ويؤكد الأستاذ السهورى أن القانون يستحق بلاشك النظرية الحديثة<sup>(١)</sup> على أن النظر المجرد إلى اللاتين ١٣٧، ١٣٦ مدنى لا يؤيد ما أورده المذكرة الإيضاحية للقانون ولا يساند ما ذهب إليه البعض من أن السبب المقصود فى القانون هو السبب بمنه فى النظرية الحديثة وهو الباعث الدافع .

فإن صياغة المادة ١٣٦ فى صدرها « إذا لم يكن للالتزام سبب » تجعلها أقرب إلى التعبير عن السبب فى النظرية التقليدية لأنه لا يتصور أن يعلم سبب الالتزام بمعنى الباعث فى تصرف من شخص مميز والقى يرد عليه الاندماج هو للسبب فى النظرية التقليدية بمعنى الالتزام المقابل أو تنفيذه ، وإذا كان السبب فى رأى واضع القانون متلازماً مع الإرادة فقد كان أولى بالنسبة إلى العقد بدلا من نسبته إلى الالتزام ، وقد انتقد الأستاذ السهورى صياغة المادة ١٣٦ من هذه الناحية وفضل عليها نص المادة ١٣٦ من القانون الليبى والقى جرى بأنه « إذا التزم التعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا »<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان السبب كما أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون . هو الباعث الدافع إلى التعاقد فإن صفات السبب تكون هى الذاتية والتفكير ، وأنه عنصر خارج عن العقد .

---

(١) الوسيط فى مصادر الالتزام ص ٥١٤ .

(٢) وانتقد هذه الصياغة أيضاً مختار القاضى فى نظرية السبب ص ٧٦ — وأور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ص ٢٧٠ — وسليمان مرقس فى الوجز فى أصول الالتزامات ص ١٥٤، ١٥٣ — ووافق محمد كامل مرسى على النقد الموجه لصياغة المادة ١٣٦ ولكنه يقول بأن القانون اللبنى الجديد أخذ بالنظرية الحديثة كما يذهب الوسيط فى شرح القانون اللبنى بالجديد ج ١ ص ٤٧٠ — وعبد النعم الصفوة مصادر الالتزام ص ٢٦٧ — يرى عكس رأى السابق .

أما الذاتية فإن السبب بمعنى الباعث المدافع يتغير بحسب كل عاقد، لأن البواعث أمر قسوى بحيث لا تنطبق عند الأشخاص، والتغير معناه أن الباعث يختلف في كل عقد عن الآخر سواء اتفق نوع العقد أم اختلف، وإذا كان الباعث على التعاقد هو السبب. متى كان باعثاً دافعاً. فإنه يكون أمراً خارج المقد ولا يدخل في بنائه، وهذه الصفات هي عكس صفات السبب التقليدى والذى يدخل في بناء المقد ويتفق في النوع الواحد من العقود ويتصف بالموضوعية.

ويقول الأستاذ السهورى أن كل ما يقال في النظرية الحديثة في السبب ( وقد تعرضنا لها تفصيلاً في الفصل السابق ) يقال في السبب في القانون المصرى<sup>(١)</sup>.

على أننا إذاً نص السادتين ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدنى وأولاهما تصدرها عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » وهو ما لا يتصور إلا في حالة السبب القصدى أو السبب التقليدى لأن الباعث لا يتصور تخلفه في أى تصرف إلا إذا كان تصرفاً من غير مميز، والمادة ١٣٧ مدنى وهى أيضاً تشير إلى ذكر السبب في النظرية التقليدية لا نستطيع أن نعتد على ما أورده المذكرة الإيضاحية للقانون للقول بأن القانون المدنى الجديد قد اعتمد النظرية الحديثة للسبب في تصويره للسبب في القانون المصرى.

ولا يبق إلا أن يكون السبب المقصود في المادة ١٣٦ مدنى. كما يقول أحد الفقهاء هو السبب النعدى بالمعنى الذى تنول به النظرية التقليدية،

---

(١) الوسيط للسهورى ص ٥١٠.

والذى يكون الأصل فيه أنه يجب البواث النفسية إلا إذا كان أحد هذه البواث . رئيسياً ودافئاً إلى التعاقب وحينئذ يبرز هذا الباعث إذا كان غير مشروع ومعلوماً للطرف الآخر ويقع فى نطاق المقد .

وهذا أيضاً مؤدى النظرية التقليدية فى السبب والذى يظهر أن الشرع للمصرى أخذ بها فى القانون المدنى الجديد خلافاً لما قول به المذكرة الإيضاحية<sup>(١)</sup> .

غير أن رأى السابق يعود بنا إلى القول الذى أسلفناه فيما تقدم وهو أن القانون المدنى المصرى لم يأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . إذا كان يأخذ بالسبب القصدى أو السبب القريب ، ولا يؤدى الباعث الدافع دوره إلا إذا كان غير مشروع ومعلوماً من الطرف الآخر وحينئذ يبرز هذا الباعث ويقع فى نطاق المقد . لأن هذا القول لا تنفيه النظرية التقليدية فى السبب . فعندما يدخل الباعث فى نطاق المقد وعندما يكون التصرف منفرداً كالوصية يكون الباعث غير المشروع هو السبب وهذا ما يقرره كائنتان الفقيه الفرنسى الذى يحتفظ بمجهره للنظرية التقليدية<sup>(٢)</sup> ، وقد قرر القضاء فى أحد أحكامه فى ظل القانون الملقى التفرقة بين السبب والباعث ولكنه رفع الباعث إلى مرتبة السبب فى حالة ما إذا كان الباعث غير مشروع وكان الماقد الآخر يعلم بهذا الباعث فيعتبر فى هذه الحالة أمراً داخلاً فى المقد<sup>(٣)</sup> .

والسبب المقصود فى المادة ١٣٦ مدنى هو بالمعنى المقصود فى النظرية التقليدية لأنه لا عيب فى فكرة إزدواج السبب كما يقول أحد الفقهاء والتفرقة

(١) سليمان مرقس — للوجز فى أصول الالتزامات ص ١٥٤ .

(٢) الوسيط السنهورى ص ٤٦١ — والمماشى رقم ١ .

(٣) محكمة الزنتريق ١٩٣٠/٢/٢٠ — المحاماة السنة ١١ ص ٧٢ .

بين سبب العقد وسبب الالتزام كما فصل القانون اللبناني ، ولأنه عند تعارض النصوص مع المذكرة الايضاحية للقانون فإنه يجب تطبيق النص على ما ورد في المذكرة الايضاحية التي أعلنت نيل النظرية التقليدية في السبب<sup>(١)</sup> .

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يمكن الاستثناء عن السبب بالمعنى التقليدي لأن النظرية الحديثة في السبب لا تحمل محل النظرية التقليدية وإنما تسلكها لأن الصياغة الفنية تحتم بقاء السبب بالمعنى التقليدي باعتباره قيداً على الإرادة حل محل الشكل<sup>(٢)</sup> .

وهذا الرأي ينظر إلى الوظيفة المزدوجة للسبب . كما أن البعض يرى النظر إلى وظيفتي السبب أولاً بل أنه يعطى للسبب مسميات تدل على وظيفته فالسبب الفني وهو لازم من ناحية الصياغة الفنية والسبب المصلحي وهو لازم للعناية الاجتماعية<sup>(٣)</sup> .

كما أن البعض يشترط في السبب الفني تناولته المادة ١٣٦ مدني نفس الشروط التي يطلبها السبب التقليدي ويصرح بأن كل ما ورد عن نظرية السبب التقليدية في سبب الالتزام وعن سبب العقد في النظرية الحديثة ينطبق على القانون المدني المصري<sup>(٤)</sup> . وهو عكس ما قرره المذكرة الايضاحية للقانون المدني .

---

(١) آور سلطان في النظرية العامة للالتزام ص ٢٧٠، ٢٧١ .

(٢) حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ص ٢٣٦ .

(٣) عبد الحى حجازى النظرية العامة ص ٢٣٧ .

(٤) عبد النعم الصفة مصادر الالتزام ص ٢٦٧ راجع أيضاً الدكتور عبد النعم البدر أوى-

النظرية العامة للالتزامات ط بيروت سنة ٦٦ ص ٢٤١ .

### القضاء والسبب :

وإذا كان غالب الفقه في مصر لا يوافق على ما أورده المذكرة الإيضاحية للقانون المدني صراحة من أن القانون قد نبذ النظرية التقليدية في السبب ، ولا يشئ كذلك مع رأى واضح مشروع القانون والذي يرفض حق مجرد استبقاء النظرية التقليدية في السبب إلى جانب النظرية الحديثة لتسكلها . فإن أحكام القضاء أيضاً لم تكف عن الاعتراف بالسبب القمدي أو السبب بالمعنى التضليدي ويستوى ذلك في القانون القديم وفي القانون المدني الجديد .

فقد قضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقوداً إلى المقرض ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل . فإذا اتفق السبب بهذا للمعنى بطل العقد<sup>(١)</sup> . كما قضت بأنه لا عقب على محكمة الموضوع . إذا هي قضت ببطالان الالتزام لعدم وجود سبب له ، وكانت الواقعة هي حصول أحد المقسمين في عقد قسمة على نصيب زائد عما تخوله إياه القسمة<sup>(٢)</sup> — بلا سبب — وأبطلت محكمة النقض حكماً لمحكمة الموضوع لأنها قصرت في الرد على الدفع المبدى من الطاعن بعدم وجود سبب للدين<sup>(٣)</sup> ، والسبب الذي دُفع بعدم وجوده هنا كان هو الالتزام المقابل .

وفي ظل القانون المدني الجديد قضت المحكمة بأن كل التزام لم يذكر له

---

(١) قض بجملة ١٩٣٢/١١/٣ — وبلاحظ أن المحكمة جعلت السبب هو الواقعة القانونية التي أشأت الالتزام — والمحكم منشور بمجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ربيع قرن — ج ٢ ص ٨٣٧ .

(٢) قض بجملة ١٩٤٥/١/١١ — المرجع السابق ص ٨٣٨ رقم ٤٣ .

(٣) قض بجملة ١٩٤٢/٥/٢٨ — المرجع السابق ص ٨٣٨ رقم ٤٢ .

سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ويلاحظ أن السبب هنا أيضاً هو السبب بالمعنى الذي قررته النظرية التقليدية<sup>(١)</sup>. كما قررت محكمة النقض صراحة أن سبب الالتزام مالك كل قطعة أرض باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها لمصلحة القطع الأخرى هو الالتزام بملاك هذه القطع باحترام حقوق الارتفاق المتبادلة<sup>(٢)</sup> والسبب هنا بلا شك هو الالتزام المتقابل .

وأما السبب بمعنى الباعث الدافع على التصرف . فإنه إذا كان غير مشروع فإن الالتزام يبطل ومن ذلك التصرف الذي يكون الدافع إليه التعاضل المنوع على أحكام الأثر المتعلقة بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً . كاعتبار شخص وارثاً وزيادة في الحصة والنقص فيها والعامل في التركات المستقبلية ، وذلك أن الاتفاق هنا يكون مخالفاً للنظام العام ، ويمد تحايلاً على قواعد الأثر فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلغيه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً في الاتفاق<sup>(٣)</sup> .

ويلاحظ أن المحكمة العليا لم تصرح في أحكامها عندما يكون الباعث الدافع على التصرف غير مشروع أنه السبب بل يقرر بطلان التصرف لمخالفته قواعد النظام العام مثلاً . مع أن المحكمة تصرح في بعض أحكامها بأن السبب هو الالتزام المتقابل . كما في سبب التزام مالك قطعة أرض باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها ، وكافي أبطال عقد التهمة الذي ينال بمقتضاه أحد

---

(١) نقض بجملة ١٩٥٤/٤/٨ — المرجع السابق رقم ٣٩ .

(٢) نقض بجملة ١٩٦٥/٤/٢٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٣٨ ومثاله

١٩٦٧/١٠/٤ — المرجع السابق — السنة ١٨ ص ١٦٦٨ .

(٣) نقض بجملة ١٩٦٧/١١/٢١ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٧٣٦

ومثاله بجملة ١٩٦٧/٥/٢٥ — المرجع السابق ص ١١٣٥ .



للمقدمين نصيباً زائداً عن حقه بلا سبب<sup>(١)</sup>.

والواقع أن القانون الدنى للمصرى لم يقطع فى الساتين ١٣٦، ١٣٧ مدينى باعتقائه النظرية الحديثة فى السبب أو نظرية القضاء بل إن صياغة النصين كما سبق ذكره تساعد على القول بخلاف ذلك وقد أشارت للذكر الإيضاحية للقانون إلى أن جانباً من الفقه كان قد انحاز إلى نظرية القضاء حتى قبل صدور القانون الدنى وأن أحكام القضاء قد تمتد السبب التقليدى إلى السبب الباهت . غير أن فى هذا القول تجاوزاً للواقع لأن للسألة ليست هى اعتداد جانب من الفقه أو القضاء بالباهت الدافع إلى التمسك بذلك أمر مسلم حتى فى النظرية التقليدية للسبب والتي يشترط فيها أن يكون السبب مشروعاً ، ولأن الاعتداد بالباهت الدافع هو فى اللقام الأول مستمد من وظيفة السبب ودوره فى الحماية الاجتماعية ، ولكن المسألة فى نظرنا . وكما بسطها الأستاذ الدكتور السهورى نفسه فى الوسيط هى هل يمكن الاستثناء عن النظرية التقليدية فى السبب ؟

#### النظرية التقليدية والقانون المصرى :

والإجابة على السؤال السابق هى بلا شك بالنفى إذ لا يمكن فى ظل نص الساتين ١٣٦، ١٣٧ مدينى أن نطرح النظرية التقليدية من القانون المصرى

---

(١) وقد عبرت محكمة النقض فى حكم لها عن السبب بلفظ الفرض فقررت بأنه « لا يلزم أن يكون الفرض من الصادق وإراداً فى العقد بل للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى وما توافر عليه الناس » وهذا الفرض هو الأداء للقابل الذى يجب على الطرف الآخرى العقد كما هو واضح من ظروف الدعوى — نفس مجلة ١٩٠٣/١٢/٢٤ للنشور بمجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٨٣٧ .

لمجرد أن المذكرة الإيضاحية للقانون قد اعتنقت مذعباً في السبب ذكرته صراحة . ففي المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ وأولاهما تسند السبب إلى الالتزام وثانتهما تشير إلى السبب المذكور في العقد مما لا يساعد على القول بأن النصوص تطاوع المذكرة الإيضاحية للقانون وقد أشار الأستاذ السهوري نفسه إلى هذا النقد ، وأن كان قد أورد أن نص المادة ١٣٧ مدني يحتمل أن يكون السبب المذكور في العقد هو الباحث<sup>(١)</sup> .

وقد استغنى الأستاذ السهوري عن النظرية التقليدية في مجال الحماية الفردية بفكرة الارتباط بين الالتزامات في العقد التبادلي - غير أن ذلك ليس إلا قولاً بالسبب التقليدي في صورة أخرى فضلاً عن أن التعليل بفكرة الارتباط أبعد من التعليل بفكرة السبب<sup>(٢)</sup> . وكذلك فإن الاستغناء عن السبب التقليدي بفكرة الحل في السبب غير المشروع لا يستقيم في كل الفروض فتعهد الشخص بارتكاب جريمة من الجرائم لقاء مبلغ معين باطل لأن السبب غير مشروع . وليس لأن الحل غير مشروع ذلك أننا في خصوص السبب نبعث عن إجابة للسؤال لم يلزم المدين وليس عن إجابة سؤال آخر هو بم يلزم المدين كما يصح القول بأن من يتعهد بملء ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال يتعهد بلاسبب وليس بسبب غير مشروع<sup>(٣)</sup> .

ومن ناحية أخرى فإن بعض نصوص القانون المدني تقوم على النظرية

---

(١) الوسيط ص ٥٢٨ - هامش ٧ .

(٢) راجع نظرية الالتزام أحمد حمت أبو ستيت ص ٧٣٢ ، ٧٢٤ ، آور سلطان في النظرية العامة للالتزام ص ٨-٧ .

(٣) ثارن الوسيط ص ٤٩٥ .

التقليدية في السبب ولا يمكن ردعا في خصوصه إلى النظرية الحديثة فنص المادة ٤٨٨ مدنى في الهبة يحل السبب فيها نية التبرع إذ جرى النص بأنه « ويجوز للواهب دون أن يجرد من نية التبرع أن يفرض على الوهوب له القيام بالتزامات معينة » ومعنى ذلك أن السبب في الهبة هو نية التبرع . كما أن المادة ٣٦١ مدنى والتي نصت على الالتزام المجرد للمتاب نحو المقاب لديه « يكون التزام المتاب قبل المقاب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المتيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ولا يبقى إلا حق الرجوع على المتيب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » والالتزام المجرد لا يحصور إلا في ظل النظرية التقليدية لسبب . فهذه النصوص لا تستقيم مع القول بالاستثناء الشكلى من نظرية السبب التقليدية .

وأخيراً فإن المادة ١٣٦ مدنى « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » تحتمل أن ترد على سبب الالتزام وسبب العقد وذلك باشتراط الوجود واشتراط المشروعية .

والواقع أن غالب الفقه يجرى على النظرية التقليدية أو يكملها بنظرية الباعث أو يقول بالأزدواج بينهما .

أما القضاء فلم يكف عن اعتبار السبب بالمعنى التقليدى سواء فى القانون القديم أو فى القانون المدنى الحالى غير أنه يكمل النظرية التقليدية بنظرية الباعث لمواجهة الحاجات العملية وقد واجهت بعض التفتيشات مشكلة ازدواج وظيفة السبب فلم تجر وراء محاولات توحيد ولم تستغن عن أى من الوظيفتين لأن ذلك غير ممكن عملاً قررت صراحة بازدواج السبب وعلى ذلك القانون البنى الذى فرق صراحة فى نص المادة ١٩٤ منه بين سبب الوجوب وسبب العقد

بل وأورد صفات كل من السبب في الالتزام والسبب في العقد في المادتين ١٩٥، ٢٠٠ منه<sup>(١)</sup> وهذا التفصيل في نظرنا متقدم .

### إثبات السبب :

أورد القانون المدني في شأن إثبات السبب نص المادة ١٣٧ والتي نصت في الفقرة الأولى على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يعم الدليل على غير ذلك » كما نصت في الفقرة الثانية « ويعتبر للسبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورة السبب فلي من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . وقد كان القضاء المصري يطبق هذه القاعدة مع عدم وجود نص عليها في القانون المدني السابق ، وقد أقام القانون المدني قرينة على توفر سبب مشروع في كل التزام في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ ، أما حكم الفقرة الثانية فهو يتفق مع قواعد الإثبات العامة .

فإذا كان العقد لم يذكر فيه سببه . فإن هناك قرينة على توفر سبب مشروع فإذا اتفق وجود السبب بإثبات المدين ذلك . فعلى الدائن إثبات توفر سبب للالتزام . فإذا عجز كان من حق المدين أن يتخلص من المطالبة أو يسترد ما وفاء طبقاً لقاعدة الإجراء بلا سبب .

أما إذا انتفت مشروعية السبب التي افترضتها القرينة القانونية . كان الالتزام باطلاً . ما لم يثبت الدائن وجود سبب مشروع آخر . فإذا عجز الدائن

---

(١) راجع نص المادتين ١٩٥، ٢٠٠ من القانون اللبناني .

عن ذلك بطل الالتزام . غير أنه يجب على الدين أن يثبت علم الدائن بهذا الوصف للسبب (عدم المشروعية) .

أما إذا ذكر السبب في المقد . فلا حاجة لتريئة قانونية . إذ تكفي قواعد الإثبات المادية لحكم هذه الحالة . فإذا أثبت الدين صورة السبب بحسب قواعد الإثبات . كان على الدائن أن يثبت توفر سبب آخر يشترط له بداهة صفة المشروعية<sup>(١)</sup> .

### ما أورد القانون المصري في نظرية السبب :

وما أدخله القانون المدني في نظرية السبب عما كان في القانون القديم واستقر عليه الفقه والقضاء قبل صدوره . أنه لم يشر في النصوص إلى مخالفة السبب غير المشروع لنص القانون . كما أغفل ذكر السبب غير الصحيح ، ولم يستثن إلا السبب الصوري ورد حكمه إلى المشروعية عند قيام سبب حقيقي<sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقد طلبة القضاء حكم القاعدة للنصوص عليها في المادة ١٣٧ مدني حتى قبل القانون المدني الجديد — ويقول الأستاذ السهوري في الوسيط « وغنى عن البيان أن السبب الذي يذكر في المقد هو البائع الدافع إلى التعاقد وإن كان البائع قل أن يذكر في المقد » غير أنه أورد بعد ذلك أن نص المادة أكثر مسامية للخطرة التقليدية في السبب ص ٢٨ هامش ٢ وهو ما تناولناه من قبل .

(٢) والمشكلة في الصورية هي مشكلة إثبات غيب لأنه إذا كان السبب الصوري ناجاً بالكتابة فلا يجوز إثبات صورته إلا بالكتابة طبقاً لقواعد الإثبات أو بالينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد قضت محكمة النقض في دعوى تستند إلى إرسال مكتوب وموقع من شخص يقرر فيه بمديونية بـ ١٠٠٠ جنيه ، وقد دفع عمر السند بأنه لا يستند إلى سبب حقيقي وأنه حرره خوفاً من الدائنة به والتي كانت تربطه به علاقة قبل زواجه منها ، وكانت محكمة =

كما أن القانون الجديد قد فصل منطقة النلط عن السب ، وقد كان الخلط يقع بينهما في القانون القديم إذ أن النظرية التقليدية في السب تقيم تفرقة بين السب والباعث وتبطل أولها هو المول عليه أما الباعث فلا يمتد به في المقد تبعاً لذلك كانت النظرية تقيم تفرقة بين النلط في السب وهو يبطل المقد والطل في الباعث ولا أثر له في صحة المقد . ثم تطورت نظرية النلط وصار النلط في الباعث له أثر اقل يحمل المقد قابلاً للإبطال .

ولإزاء الأخذ بالنظرية الحديثة كسبب للالتزام فإن الخلط يقع بين النلط والسب ويجب أن يتحدد المجال الذي تعمل فيه كل من الفكرتين وتؤدي دورها سلباً لاسيما وأن الجزاء يختلف بحسب مخالفة قواعد النلط أو السب ويتردد بين القابلية للإبطال والبطلان .

وقد عرفنا السب . أما النلط فهو يلحاحز وم يقوم بذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته وكانت نظرية النلط تميز بين ثلاثة أنواع من النلط وأولها بدم الرضا وثانيها النلط الذي يشوب الرضا وثالثها النلط الذي لا يؤثر في صحة المقد<sup>(١)</sup> غير أن القانون للدق لما اعتبر السب هو الباعث صار النلط فيه محكوماً بقواعد النلط واستخلص بذلك أنواع النلط كلها إلى نظرية النلط . فالنلط في الباعث أو السب للنطوط (السبب غير الصحيح) سواء

---

== الموضوع قد رفضت الإحالة لتحقيق لإثبات صورة السب الثابت بالكتابة ، ولكن بحكمة الغنى تضمنت الحكم لوجود مبدأ إثبات بالكتابة يميز الإثبات في هذه الحالة بالبيئة — نفس مجلة ١٩٦٦/٥/٥ — المنصوص في مجموعة الأحكام — السنة ١٧ م ١١٣٥ — ويلاحظ هنا أن محرر السند بالمدونية لم يكن مشوباً بالإكراه لعدم العلم للإرادة أو اقل يصل إلى حد الجرعة فتوصل إليه .

وكلاهما يستوجب قابلية المقدد للإبطال فحسب - ذلك لأن اتساع السبب ليكون  
الباعث جعل التلطف في السبب مجرد غلط في الباعث - فيعطى حكمه ، وكذلك  
لأن فكرة التلطف دخيلة على فكرة السبب لأن التلطف يحمي مصلحة الفرد  
والسبب يحمي مصلحة الجماعة<sup>(١)</sup> .

---

(١) الوسيط ص ٥٧٣ والتليل الثاني غير مسلم لأن السبب له وظيفة في الحماية الفردية  
أوسع من التلطف .

( ٥ - سبب الالتزام )





## الفصل الثالث

### النظرية الإيطالية في السبب

تعتبر النظرية الإيطالية في السبب ذات صياغة مختلفة عن نظرية السبب في الفقه اللاتيني وكذلك عن صياغة النظرية في فكرة الاعتبار وقد أردنا إبراز مضمون هذه النظرية في الفقه الإيطالي أن نوضح إلى أي مدى تختلف صياغة الفكرة الواحدة أو مضمونها في الشرائع المختلفة لأن ذلك سوف تكون له فائدة عندما نبدأ في صياغة نظرية السبب في الفقه الإسلامي، فليس من اللازم عند بحث ذلك المنصر من عناصر المقد وهو السبب أن نرى طريقة البحث متماثلة في التشريعات المختلفة أو نرى الصياغة التي تستقر عليها شريعة معينة هي الأساس في بحث هذه الفكرة إذ أن فكرة الاعتبار وهي تؤدي مفهوم السبب في الفقه اللاتيني تختلف في الصياغة والوظيفة اختلافاً جوهرياً عن السبب في الفقه اللاتيني وكذلك سنرى أن نظرية السبب في الفقه الإيطالي تختلف في الصياغة وفي مفهوم الفكرة نفسها عن كل من الفقه اللاتيني والفقه الإنجليزي والأولى في بحث هذا المنصر من عناصر المقد أن يتماشى البحث مع الصياغة التي تميزها معينا عن غيره وأن يستهدف الوظيفة التي يؤديها السبب ومفهومه في كل من هذه الشرائع.

#### وظيفة المقدر في النظرية الإيطالية:

والنظرية الإيطالية في السبب تضع أمامها مصلحة المجتمع في القيام

الأول<sup>(١)</sup> عند بحث السبب وهذا الوجه يميزها عن كل من نظرية لسبب في الفقه اللاتيني ونظرية السبب أو فكرة الاعتبار في القانون الأنجلوسكسوني . فنظرية السبب التقليدية تعني بالالتزام المقابل في العقد التبادل وتحمله سبباً وهو ولا شك في صالح المتعاقدين إذ اشتراطه واعتباره ركناً للالتزام (أو في إرادة الالتزام) مما يحقق مصلحة المتعاقدين وقد رأينا كيف تعني النظرية الحديثة في السبب بالمبحث النافع على الالتزام وتحمله سبباً له وذلك مما يحقق الحماية الاجتماعية في دائرة التعاقد . أما فكرة الاعتبار فهي تكاد أن تكاد أن تصبح مجرد وسيلة لإظهار إرادة الالتزام قانوناً وهي لا تنفي بالتوازن في الالتزامات الناشئة عن العقد - واشتراط أن يكون الاعتبار مشروعاً يكاد يستقل عن البواعث والنيات المستترة وراء التعاقد . أما النظرية الإيطالية فهي تجعل السبب في خدمة للفقد كظاهرة اجتماعية .

ومنذ نهاية القرن التاسع عشر والفقه الإيطالي ينادي بأن نكسكون للعقد وظيفة اقتصادية اجتماعية حتى يكون للعقد الحماية التي يقرها القانون له فيكون مستحقاً لهذه الحماية إذاً هو حقق هذه الوظيفة للرجوة منه وهذه الوظيفة هي السبب الذي يبرر الاعتراف بالعقد وحمايته أمام القضاء فإذا كان العقد غير مفيد أو غير جدي فإنه لا يكون صحيحاً ، ذلك أن الدولة تنفق بسطاء على إقامة

---

(١) يقول كريبونيه أنه في وقتنا الحاضر وهو يتميز بالترعة الاجتماعية حاول بعض الفقهاء أن يصفوا هذه الصفة على السبب *Socialiser la cause* فنصروه على أنه الوظيفة الاقتصادية الاجتماعية للعقد وهذا على الأخص في إيطاليا وبحسب الفقه الإيطالي جورولا وقد كان يبحث وضع الرضا فإن السبب هو مجرد قيد على المبدأ القائل إن الإرادة وحدها تكفي وفي الوقت الحاضر فإن فكرة السبب هي فكرتان السبب المجرد *Cause abstraite* والسبب الباعث *Cause motif*

العدل والقانون بين الناس فلا يكون لائقاً بعبئة القانون والمداقة ولا مناسباً لأهدافها السامية أن يضيما في بحث عقود غير نافه أو غير جدية ولا يمود منها فائدة على المجتمع وقد تطورت هذه النظرية في الفقه الإيطالي وقبلها الفقه في بعض البلاد الأخرى<sup>(١)</sup> وقد أوردتها المادة ١٣٢٢ من القانون للدني الإيطالي الصادر سنة ١٩٤٢ والتي نصت على أنه « للمتعاقدين إنشاء عقود لم ينص عليها في القانون بشرط أن تتحقق بها مصالح تستحق الحماية بحسب قواعد النظام القانوني الإيطالي » ومعنى ذلك أنه فيما عدا العقود للنصوص عليها في القانون - فإن القانون الإيطالي لا يبسط حمايته على التصرفات التي لا يتحقق بواسطتها مصالح تستحق الحماية - أو بمعنى أدق الوظائف التي تستهدفها هذه العقود والتصرفات - فالقانون لا يمكن أن يبسط حمايته إلا على التصرفات التي تحقق وظيفتها وتبلو أهميتها في الحياة الاجتماعية فهذه هي التي تستحق حاية القانون لها وقد قال بهذه النظرية الفقيه الإيطالي شيالويا وتبعه كثير من الفقهاء حتى كاد للمذهب الشخصي في الفقه أن يخفى من إيطاليا ويقول « دي روجيرو » في كتابه نظم القانون المدني « الواقع أن كل تصرف قانوني في ذاته مظلوماً إليه نظرة مادية له غرض اقتصادي قانوني يسوغ وجوده ويفصل عن البواعث الخاصة الفردية فالسبب هو النرض القانوني الاقتصادي الذي يترف به القانون ويحميه وهو الوظيفة التي يرى إليها التصرف عندما ننظر إليه نظرة مادية » فالسبب في البيع مثلاً يكون تبادل الشيء بالثمن أي تبادل للمتعاقدين المصانع الاقتصادية القانونية المتقابلة وهذا التبادل يتركز فيه التصرف بمجوهه المقدى الكافي<sup>(٢)</sup> بغض النظر عن الأغراض الداخلية المحصلة والتنيرة التي تدفع الطرفين إلى هذا التبادل

(١) ديموج في الالتزامات - ج ١ - قرة ١٣ .

(٢) يلاحظ الاهتمام بسبيلة المبادلة أو الماوضة والتي يتركز فيها جوهه التصرف مما قد يتشابه مع ما قول به في الفقه الإسلامي - وسنشير إلى الفرق فيما بعد .

المادى والسبب فى الهبة هو النية التاطمة فى التصلى عن مال خاص بلا مقابل بقصد التبرع للموهوب له دون نظر إلى الباعث الداخلى الذى يدفع للشخص إلى هذا التصلى المجانى .

### تقرير النظرية :

ويبدو واضحاً أن هذه النظرية ليست لها أهمية تذكر فى دائرة المقود المسماة ذلك أن الشرع إذ نظم فى القانون هذه المقود وأورد أحكامها قد اعترف ضمناً بما تؤدبه هذه المقود من فائدة اقتصادية واجتماعية للجموع<sup>(١)</sup>

---

(١) ويقول الدكتور محمود أبو حافية فى رسالته التصرف القانونى المجرى أن السبب على هذا النحو أى على معنى وظيفة التصرف القانونى نفسه لا يخطط بالبواضات النسبية التى تدفع لإرادة منصف التصرف لأننا إذا وضعنا اهتمامنا على هذه الناحية المادية من التصرف فلا يمكن أن يخطط السبب بالبواضات الخاصة من ١٣٦ - ١٣٧ .

والواقع أن وظيفة التصرف القانونى نفسه لا يمكن أن تكون ناحية مادية بطبيعتها بل أنها مع تجاوز ليست إلا غرضاً منوياً لأن وظيفة التصرف القانونى إما أن تنبع من طبيعته مثل عقد البيع فهو عقد مباحة للأموال أو المنافع وإما أن تنبع من إرادة الشارع الذى يحدد وظيفة معينة للتصرف .

ويقول أنه إذا كان السبب هو الوظيفة القانونية للتصرف فإنه يترتب على ذلك أن يكون السبب بالحق الذى هو المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية فهو الذى يبرر حماية القانون للتصرف .

ولذا كنا نبحت عن السبب فى العقد أو الالتزام فإنه لا علاقة بين أحدهما وبين المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية — فذلك أن القوة الإلزامية للتصرف تأتى من خارج التصرف — من القانون .

على أن الفقهاء الإيطاليين أنفسهم قد عرفوا ذلك فى النظرية الإيطالية لسبب فيلاحظ أحدهم أن فكرة السبب على معنى وظيفة التصرف القانونى هي فكرة تنتمى إلى الملتصق القانونى أو النظرية العامة للقانون ولكنها ليست تفسيراً للنصوص الخاصة بسبب الالتزام فى القانون الإيطالى . المرجع المذكور من ١٣٩ ، ١٤٠ .

فاُعترف لها بذلك بتحققها لوظيفتها الاجتماعية ولكن الشك هنا في المقود غير السماة التي اشترط المشرع في المادة ١٣٢٢ مدني لإبطال أن تتحقق عن طريقها الوظيفة التي يطلبها القانون من المقود وقد أورد تقرير وزارة العدل الإيطالية عن هذه المادة : « أن النظام القانوني أو القانون لا يمكن أن يبسط حاجته على مجرد الموى الشخصي ولكنه يضمن هذه الحماية فقط للمقود التي لها أهمية في الحياة الاجتماعية أي الوظائف والمصالح التي تستحق تلك الحماية » فهناك بعض الاتفاقات يبدو أنها لا تحقق فائدة اجتماعية أو ليس لها وظيفة اقتصادية ومثال ذلك التمدد بمبلغ من المال لشخص نظير العناية ببعض الحيوانات المفضلة (غير المفيدة) مثل طائر كناريا مثلاً<sup>(١)</sup>.

وهذه النظرية تشكل قيداً كبيراً على حرية الإرادة في التعاقد وتمثل المظهر الواضح لعدم الثقة بالنسبة للمقود غير السماة في القانون المدني<sup>(٢)</sup> غير أنه من المشكوك فيه أن تكون هذه النظرية مقبولة في تشريعات الدول التي لا تتضمن نص المادة ١٣٢٢ مدني لإبطال كما أنه من المشكوك فيه أن يكون لها حتى في الفقه الإيطالي قيمة تذكر من الناحية العملية ذلك أن الأمثلة التي تطرح للبحث هي عن المقود التي تضر الاقتصاد الوطني أو المقود التي تهدف إلى غرض غير مشروع أو يفتق فيها على أسس مخالف للقانون - وهذه الأمثلة لا تشكل النظرية حلولاً لما يختلف عن غيرها ككافي حالات الاتفاق على الامتناع عن النشاط الاتحادي في الدولة أو الاتفاق على تخريب الانتاج أو إتلاف مال الدولة كل ذلك يمثل في الواقع اتفاقاً حرمه القانون - فهي غير مشروعة بنقض النظر من عدم

---

(١) جورلا - ص ٥٢ .

(٢) المرجع السابق - ص ٥٢ .

تحقيقها لوظيفتها الاقتصادية الاجتماعية وذلك يمكن أن يرجع بطلان هذه الاتفاقات إلى فكرة عدم مشروعيتها لا إلى فكرة السبب حسب أوضاعه النظرية الإيطالية في السبب - ويذهب العقيد الفرنسي ديموج في نقد النظرية الإيطالية إلى القول بأن هناك مبدأ « توافق المصالح » ذلك أنه عند النظر يتبين لنا وجود توافق بين المصالح العامة والمصلحة الخاصة والعكس صحيح أيضا إذ أن الفرد وهو يشبع رغباته في مجال التماقد يتجه حتى بنير قصد إلى تحقيق مصالح الجماعة والحقيقة أن هذا النقد يندمبالفة في التمسك بالروح الفردي والمذهب الفردي فهو يوغل في حاية المذهب الفردي إلى حد التصريح بأن هناك تناسقا بين تحقيق رغبة الفرد أو رغبات الأفراد وبين صالح الجماعة وهو أمر لا يعلم من النقد ولا يتفق مع الواقع في الحياة العملية ذلك أنه يصعب افتراض وجود هذا التوافق مع قيام التناقض والتعارض حسب ما هو مشاهد في كثير من الأحيان بين المصالح العامة ومصلحة فرد معين أو مجموعة معينة من الناس .

على أن هذه النظرية تمثل جانبا من تدخل الدولة في حياة الأفراد وإن كان تدخلها في هذه الحالة بطريقة عامة لا يمكن أن يحدد مداها بدقة فكيف يمكن معرفة الوظيفة الاجتماعية الاقتصادية للتصرف وكيف يقدر طرفا التماقد حقيقة هذه الوظيفة واستجابة التصرف أو العقد لها - فضلا عن ذلك فإن هذه النظرية لا صلة لها بصطور القانون المدني الستمد أصلا من القانون الروماني المهم إلا إذا قيل بأن القانون الروماني - بمفرده لبعض المقود المعينة حسب وهي المقود المسماة قد اعترف لها فقط بأناؤها لوظائفها بخلاف المقود غير المسماة - إلا أن القانون الروماني في الواقع لم يكن يهتم بفائدة العقد .

ومن ناحية أخرى فإذا كان هناك عقد مباوضة غير مفيد أو لا يحقق فائدة

اجتماعية أو اقتصادية كما تقول النظرية ، وأفرغه المتصرف في صورة هبة مفيدة بشرط ، فإن هذا المتصرف يكون صحيحاً حسباً تذهب النظرية <sup>(١)</sup> مع اندام فائدته الاقتصادية الاجتماعية وذلك لجرده أنه أفرغ في صورة هبة إذ يستطيع المتصرف في العقد الذي أسلفنا ذكره مثلاً أن يحتفظ بحق الرجوع في الهبة إذا لم يتحقق له الشرط الذي لا فائدة فيه من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية . وكذلك يمكن التنازل عما يحدث إذا نفذ أحد الطرفين في العقد الذي لا يصحيب لوظيفته الاجتماعية الاقتصادية الالتزام الملقى على عاتقه

على أن نقدر هاما يمكن أن يوجه إلى النظرية الإيطالية ، وهو أنه ما دام الأفراد لا يستطيعون إنشاء عقود إلا ما يحقق منها فائدة للمجتمع وتكون فيه مصلحة اقتصادية أو اجتماعية فإن ذلك قد يتهى في الواقع إلى إلتناء وظيفة العقد نفسه ، من حيث أنه وسيلة لتحقيق مصلحة الأفراد ، وهو الفرض الأساسي للعقد .

وهذه النظرية إلى السبب في الفقه الإيطالي حسباً أوضحته هذه النظرية تجمله ، منفصلاً عن الإرادة الخاصة ويقصّل بإرادة القانون ومهمته في النظام التعاقدى تحديد نوع العقد ؛ فوظيفته تمثل وظيفة المتصرف القانوني ؛ أو الفرض منه .

وقد وازن الدكتور وحيد سوار بين النظرية الإيطالية في السبب والنظرية الفرنسية <sup>(٢)</sup> ، فذكر أن كلا من النظريتين يحتفظ بالفرقة بين السبب والباعث ،

---

(١) المرجع السابق ص ٥٦ .

(٢) وحيد سوار التمييز عن الإرادة ص ٤٨٧ .

وأن السبب في كل من النظريتين ثابت لا يتغير في النوع الواحد من العقود .  
على أن هذه المقارنة لا تخفى من نقد ، ولا سيما بالنسبة للشق الأول منها ، ذلك  
أن النظرية الفرنسية تجعل السبب متصلاً بالإرادة ، ولذلك تمتد بالباعث وهو  
عنصر نفسي في ذاته ، بينما في النظرية الإيطالية يفصل السبب عن الإرادة الخاصة ،  
ولذلك فلا وجه عندئذ للفرقة بين السبب والباعث ما دمنا نسلّم باقصال السبب  
عن الإرادة مطلقاً .

فالنظرية الإيطالية لا تهتم بالباعث بخلاف النظرية الفرنسية ، وحتى في  
المبة فإن السبب فيها في النظرية الإيطالية هو النية التاطعة في التصلي عن المال  
دون مقابل ، والنظرية الفرنسية تجعل السبب في المبة الباعث للدافع لها ، ذلك  
أن نية التعرّيع في ذاتها لا يرد عليها وصف عدم المشروعية ، إذ هي  
مشروعة دائماً .

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان السبب في النظرية الفرنسية والنظرية  
الإيطالية ثابتاً لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، ولا سيما إذا وضعنا في  
المقارنة النظرية التقليدية في السبب ، فإن هناك فارقاً خطيراً ذلك أن السبب  
في النظرية التقليدية في الفقه اللاتيني ثابت لا يتغير في كل نوع من أنواع  
العقود ، ولكنه مع ذلك محدد - وهو الالتزام المقابل ، وهو معروف للمتعاقدين  
ولا يخفى عليها في كل نوع من أنواع العقود كالبيع والإيجار أو الرهن . أ.أ.  
السبب في النظرية الإيطالية فهو ثابت حقاً ولكن بالنسبة إلى كل قسم من العقود  
فإذا ربطنا الوظيفة الاجتماعية الاقتصادية للعقد بكل نوع من العقود لما وجدنا  
فارقاً يذكر مع اختلافها وتنوعها إذ يبدو تبادل المنافع الاقتصادية والاجتماعية  
بمقابل الأمر عاماً يكون صالحاً لجلسه وظيفة كل العقود للجانين وهذا



السبب على خلاف السبب في النظرية الفرنسية - غير واضح للعالم وقد يخفى على المتعاقدين ، وأخيراً فإن السبب في النظرية التقليدية الفرنسية إذا كان بمعنى الالتزام المقابل فإن له علاقة بالمتعاقدين لأنه بالنسبة إلى كل منهما السبب المقصود أو السبب القريب ، أما السبب بمعنى وظيفة التصرف القانوني فلا شأن للمتعاقدين به ويرجع الأمر فيه إلى القانون ولا عبرة بما إذا قصد للمتعاقدان تحقيق هذه الوظيفة أم لم يتجه قصدهما إليها .

على أن الفارق الأساسي بين النظرية الفرنسية للسبب في الفقه اللاتيني والنظرية الإيطالية يظهر في أن النظرية الفرنسية أبتت على العلاقة بين السبب والإرادة ، بينما فعلت النظرية الإيطالية بينهما<sup>(١)</sup> وقد تطورت النظرية الفرنسية إلى خلط السبب بالباحث بنينا في النظرية الإيطالية لا يمكن أن يحدث هذا الخلط لافصال السبب تماماً عن الإرادة الخاصة للمتعاقدين فالسبب في الفقه الإيطالي هو اللبر لقوة التصرف القانوني الإلزامية وهو الذي يبرر حماية القانون للتصرف والالتزامات الناشئة عنه<sup>(٢)</sup> ، وهو الأساس القانوني للالتزام ، وهو أساس الحماية القانونية للتصرف ولا علاقة له بالنيات واليهوات وقد أكد بوزغاتي ذلك النظر بقوله « إن السبب يعبر دائماً عن إرادة القانون بالتعارض مع إرادة الطرفين<sup>(٣)</sup> » والسبب في النظرية الإيطالية لا يعتبر سبباً بالمعنى المعروف في القانون للدق لأنها تتحدث عن السبب الذي يبرر حماية القانون للتصرف وليس عن السبب الذي يدفع الإرادة الخاصة لهذا التصرف .

(١) محمود أبو طافية التصرف القانوني المجرد ص ١٣٨ — ١٣٩ .

(٢) التصرف القانوني المجرد محمود أبو طافية ص ١٣٨ — ١٣٩ .

(٣) المرجع السابق .

وقد تحدثت للادة ١٣٤٥ من القانون المدني الإيطالي عن الباعث فقضت بأن « الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن للتعاقد إنما اناسق إلى التعاقد مدفوعاً بهذا الباعث وحده وكان باعنا اشترك فيه كلا المتعاقدين » فالقانون قد اعتد بالباعث المدافع سبباً للالتزام واشترك الطرفين فيه فلا يكفي العلم بالباعث غير المشروع لأن العلم غير الاشتراك وكلاهما أقل مرتبة من الاتفاق على الباعث غير للشروع .

### النظرية الإيطالية وفكرة السبب في القانون السوفيتي :

وفكرة السبب في القانون السوفيتي قد تتشابه في البناء مع النظرية الإيطالية في السبب وإن كانت تبدو أكثر اتساعاً من ناحية إخضاع النشاط الفردي لسلطة الدولة إخضاعاً كاملاً فإن لالتزام يبطل في القانون السوفيتي إذا لم يحقق الأمر القانوني للنصوص عليه ويكون البطلان بقوة القانون ، وكذلك تبطل التصرفات التي تتم مخالفة للقانون أو للاضرار أو للساس بسلطة الدولة (م ٣٠ من القانون للدني السوفيتي)<sup>(١)</sup> .

وهذا النص يخضع للنشاط الفردي تماماً لسلطة الدولة ، ولا يحكم عن مخالفة التصرف لحسن الآداب لأن فكرة حسن الآداب بذاتها فكرة غريبة عن المجموعة السوفيتية<sup>(٢)</sup> .

والواقع أن الشريعة السوفيتية تميز بأن النظرة فيها إلى المصالح الفردية هي نظرة ارتياب .

---

(١) القانون المدني والتجاري السوفيتي ج ٢ بند ٧ ياسيلي الياشفتش ، بول تاجر ،

موريس نوفا .

(٢) المرجع السابق .

وقد لا يجمل لما المشرع حماية تذكر إذا تعلق الأمر بسلطة الدولة أو أهدافها ويبدو المقد حينئذ بكل عناصره بما فيها عنصر السبب أداة لخدمة الدولة وأهدافها وليس مجرد وسيلة فردية أو اجتماعية لتبادل السلع وللنافع .

ووظيفة المقد باعتباره وسيلة اجتماعية لتبادل السلع والخدمات هي وظيفته الطبيعية ذلك أن المبادلة تمشي منذ فجر البشرية وإن لم تكن المبادلة ووسيلتها متألقة في جميع المصور .

ولذلك فإنه حين يكون الغرض من المقد أو من السبب كمنصرف فيه هو خدمة أهداف نظام سياسى معين فإنه يكاد يفقد صفته كمقد نهضت فيه دور الإرادة والسبب .

وبالنسبة لهذه مثل الاتحاد السوفيتى فإن هناك نظما بأسرها من النظم الهامة كالديمقراطية والمقد والحرية والملكية ، ما زالت محل اعتباره ، ولكن كما يقول أحد الباحثين مع اختلاف في مضمونها عما تعرفه الدول والجماعات التي نشأت هذه النظم في ظلها ، فالملكية مثلا نشأت في مناخ فردى بخلاف المنافع الذى يسود الاتحاد السوفيتى في تجربته الاشتراكية وهي تضحية الفرد لصالح المجموع<sup>(١)</sup> فهناك حماية لأسماء هذه النظم والمؤسسات لأسباب دمائية وسياسية وطبيعية غسب<sup>(٢)</sup> .

وينهب الدكتور نمان خليل إلى أن العمليات القانونية التي تم في ظل نظام تخطيط مفروض كما هو الحال في النظام السوفيتى تخرج عن فكرة المقد ،

---

(١) رسالة الدكتور نمان خليل جمه — نظرية مصادر الالتزام — رسالة من جامعة باريس سنة ١٩٦٦ فقرة ٥٦ — مطبوعة على الآلة الكاتبة .

(٢) المرجع السابق .

قالبادات التي تم بين مشروعات مختلفة - لاسلم والخدمات لا تنفع من اتفاق لإرادات الأفراد (مديرى هذه المشروعات) مثلاً - وإنما تنفع من القانون ومن الخطة التي تضعها الدولة ومن تصرفات إدارية تتبع الخطة ويقصد تنفيذها<sup>(١)</sup>. وإذا كان هناك شك في أن المبادلة التي ينظمها المقد في هذا النظام هي في طبيعتها عملية تماقدية لم يكن هناك مجال للبحث عن فكرة السبب وإن كان الدكتور نعمان خليل لم يصعد في مجال الصفة التماقدية عن أن مبادلات الأفراد المسبوح بها في ظل أى نظام اقتصادى هو تبادل لا يمكن بطبيعته أن يخرج عن الصفة التماقدية ذلك أنه يمكن لنا أن نشك في هذه الصفة في المبادلة التي تحدث بين الفرد والدولة في نظام معين أو بين أشخاص متعددين بقصد تنفيذ خطة وضتها الدولة ، ولكن بالنسبة لمبادلات الأفراد في حدود القانون فإن المبادلة تم بلاشك في صورة عقد إذ تجمع علاقة التبادل هذه في اتفاق الارادات ، والقوة للزمة<sup>(٢)</sup> ، والصفة الأساسية في المقد « هي اتفاق الارادات »<sup>(٣)</sup> وبما لاشك فيه أن النظام السوفييتى في اختلافه كشرية عن النظام القانونى الأخرى كالشرية اللاتينية والانجلوسكسونيه لا يحمل من السهل وضع صياغة لنظرية السبب وإنما أردنا بالإشارة إليها أن نرى هل يمكن الاستغناء عن المفكرة في ظل نظام قانونى معين أم أن كل نظام قانونى يحمل هذه المفكرة أو مفهومها .

(١) المرجع السابق فقرة ٧ .

(٢) المرجع السابق فقرة ٩ .

(٣) المرجع السابق فقرة ١٠ .

ذلك أنه في النظام السوفييتي فإن تأمين الأموال وأدوات الإنتاج ليس  
إلا بداية وتنظيم استقلالها للحصول على أكبر إنتاج هو الأمر الضروري وقد  
حلت فكرة للنشأة العامة محل الإدارة المباشرة<sup>(١)</sup>.

وقد سبق أن ذكرنا أن الخطة التي تضمنها الدولة هي الأساس في العلاقات  
القانونية التي تقوم بين مديري للنشآت وبعضهم ، وقد جرد البعض هذه  
العلاقات من صفة العقد لأن آثار هذه العلاقات تنتج من القانون أو الخطة التي  
تضمنها الدولة .

ويقول بعض المؤلفين السوفييت أن العلاقات القانونية بين الأفراد  
والمنظمة بواسطة خطة ضمن مصلحة المجتمع لا تنقص من حرية الأفراد بل على  
العكس تزيدها ، فالمقد الخاضع للخطة يزيد حرية الأفراد لأنه يساهم في تحقيق  
التقدم والنمو بينما لا يستطيع ذلك في عالم يعاني من الفقر والحاجة الاقتصادية  
التي تدفع الشخص إلى بيع عمله أو بضائمه بشروط نادرة ما تكون مفيدة ،  
ويوضح من ذلك أن السوفييت النظريين أعطوا للألفاظ المعروفة فقهاً يؤيد  
مؤسساتهم القانونية الجديدة<sup>(٢)</sup>.

وعلى أية حال فأيا كان الشأن في صفة العلاقات القانونية في ظل التخطيط  
الكامل والالتزام الأفراد وللؤسسات به . فإن عنصر السبب يبقى غير ظاهر  
حتى في العقود التي تخلص لما هذه الصفة ، وذلك أن السبب في العقد يهدف  
إلى غرضين : أحدهما باعتباره عنصراً فنياً في العقد هو حفظ التوازن المقدي

(١) القانون السوفييتي ريبلي دانييل وجون هازارد ج ٢ ص ٤٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٨-٥٩ .

والآخر باعتباره وسيلة اجتماعية وهو إبطال الاتفاقات المخالفة للقانون ، وكلا  
الفرضين لا أهمية له في القانون السوفييتي لأن التوازن بين الماقدين في مضمون  
العقد فكرة لا تقدم الحاجة إليها في مجمع يتولى تنظيم العلاقات الاقتصادية بين  
الأفراد بدقة بالغة كما أن إبطال الاتفاقات المخالفة للقانون لا يستلزم إيجاد هذه  
الوسيلة الاحتياطية إذ تكفل القوانين وأهداف الدولة بقرير البطلان دون  
حاجة إلى البحث عن فكرة للنظام العام أو حسن الآداب .

## الفصل الرابع السبب في القانون الانجليزي

### المعتبر في القانون الانجليزي :

يختلف النظام القانوني الانجلوسكسوني عن النظام القانوني الفرنسي أو اللاتيني بوجه عام — وذلك الاختلاف يرجع أساساً إلى عدم تأثر القانون الانجلوسكسوني بالقانون الروماني وهو أصل الشرائع اللاتينية — ويبدو هذا الاختلاف في القواعد الموضوعية كما يبدو في التنظيم القضائي في كل من النظامين فالنظام القضائي الانجليزي . على خلاف النظام القضائي الفرنسي ومعظم القوانين التي تأثرت به يقوم على نظام السابقة القضائية في أحكام المحاكم تنفيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة أما المحاكم العليا فهي تنفيد بما سبق أن أصدرته من أحكام ويكون لأحكامها قوة إلزامية أمام المحاكم الأدنى درجة في النظام القضائي ولا تستطيع المحاكم العليا أن تخالف ما سبق أن قضت به أو تمنع عن تطبيق القاعدة التي سبق أن قررتها في نزاع معين إذا ما عرض أمامها نزاع مماثل<sup>(١)</sup> . كما تختلف القواعد الموضوعية إذ تتميز بصياغة خاصة ومصطلحات تختلف عن مصطلحات القوانين اللاتينية ، ولا يعرف القانون الانجليزي لفظ السبب La cause فلا يشترط وجود سبب للالتزام وإنما يشترط وجود الاعتبار The consideration والاعتبار في القانون الانجليزي يمثل عنصر السبب في الشرائع اللاتينية .

---

(١) السبل لقانون الانجليزي Philip S. James ط سنة ٦٦ ص ١١ — ١٢ .  
(٦ — سبب الالتزام )

والالتزام ينشأ في القانون الإنجليزي من العقد والجريمة ، أو الإخلال  
بمقد أو بحكم يعطى أحد الأشخاص أمراً على الآخر بفعل شيء أو الامتناع عن  
فعل شيء أو بعمل قانوني آخر خلاف المقدم مثل الزواج<sup>(١)</sup> ، وتنقسم العقود  
إلى عقود مخفومة وعقود بسيطة أو عادية ، والعقود البسيطة أو العادية لا تكون  
محمية إلا إذا وجد الاعتبار وفي القانون القديم كانت العقود المكتوبة دائماً  
مخفومة والعقود البسيطة كانت شفوية غير أنه لما انتشرت الكتابة أصبحت  
تشرط للإثبات فحسب<sup>(٢)</sup> ، وكل التزام يجب أن يكون له سبب صحيح وكاف  
وإلا كان مجرداً من كل أثر ويطلب القانون الإنجليزي الاعتبار في العقود  
البسيطة فحسب على أن الاعتبار موجود أيضاً في العقود المخفومة — ومع أن  
المفروض أن يكون لها سبب فإن القانون لا يتطلب إثبات السبب فيها<sup>(٣)</sup> .

### ما هو الاعتبار

وينقسم الاعتبار إلى اعتبار حسن *en bonnes* أو *good consideration*  
واعتبار قيم *en valables* أو *Valuable cause*<sup>(٤)</sup> .

وقد عرفت إحدى المحاكم الاعتبار في النوع الثاني بأنه « أى حق  
أو مصلحة أو فائدة تكتسب لأحد الطرفين أو أى امتناع أو خسارة أو فقد

---

(١) الطبعة الثانية ج ٢ ص ٨٧ *Elements de droit civil Anglais* مبادئ  
القانون المدني الإنجليزي . أرنست لم أرnest ; Lehr .

(٢) المرجع السابق ص ٩٧ .

(٣) أنسون — ص ٨٦ *Principles of the English law of*  
*contracts* الطبعة الثانية ج ١ ص ٨٧ *Ed. Jenks Digeste de droit civil*  
*anglais* .

(٤) أرنست لم — ص ١٠٥ .



أو مسؤولية مقروضة على الطرف الآخر<sup>(١)</sup> فلا يعرف القانون الإنجليزي لفظ السبب بل يشترط في عقد المعاوضة الاعتبار ولا يكون المقدم صحيحاً ما لم يتضمن هذا المنصر إذ يجب أن يتلقى الواعد اعتباراً مقابل الوعد الذى أعطاه وقد عرف بعضهم الاعتبار بأنه in simplest terms consideration is what a promisor demands and receives as the price of his promise. أى أنه فى عبارة موجزة .

هو ما يطلبه ويتلقاه الواعد كثمن لوعده<sup>(٢)</sup> .

### تطور فكرة الاعتبار :

وقد تطورت فكرة الاعتبار فى القانون الإنجليزي ذلك أنه فى أول عهد القانون العام Common law الذى بدأ بعد الفتح النورماندى عام ١٠٦٦ ميلادية لم تكن فكرة المقدم قد وضعت فعدا بعض العقود للمينة لم يكن هناك التزام إرادى سوى ما يكون أثراً لعل شكله acte formel على أنه عهد ذلك وبسبب نمو التجارة وزيادة للمعاملات استلزم الأمر وسائل لحماية المعاملات القانونية فى المجتمع الأخذ فى النمو غير قواعد الإجراءات فى المعاولى المينة فى القانون وصيغها المحدودة ونشأت دعوى الدين action of debt ، وكان الاعتبار يتمثل فى ضرر أو تضحية يصحبها للمستفيد من الوعد ، ثم تطور الأمر إلى أن كان الاعتبار يطلب منه فى وقت الوعد أو التمسيد وأصبحت دعوى الدين مؤنسة على علاقة تعاقدية قائمة بين طرفين وهذه العلاقة ليست

(١) المرجع السابق .

(٢) Business law principles and cases, Walter A. kumpf (٢)

بسبب الاتفاق وليست ناشئة عنه وإنما بسبب أن أحد الطرفين تلقى من الآخر شيئاً بواسطة الاتفاق على أن يسطيه شيئاً مقابلًا كما في حالة البيع أو الإيجار ولكون الدعوى غير مؤسسة على الاتفاق أو الوعد وإنما بسبب تنفيذ أحد الطرفين للاداء مستهدفاً تلقى أداء مقابلًا ، ومن هذه الفكرة — نشأ الاعتبار على صورة فائدة يلقاها الواعد بسبب الوعد ويكون الطرف الذى تلقى أولاً قد وعد بتنفيذ الأداء المقابل — وفي هذه المرحلة كان أساس التزام المدي عليه في وعد لم يتخذ الشكل الرسمى خارج النطاق التعاقدى وخارج المسؤولية التعاقدية كالضرر الذى تحمله أحد الطرفين ، ثم تقدمت فكرة العقد فتمثل الاعتبار في شكل فائدة أو ضرر يجعله المستفيد من العقد ويكون مطلوباً من الطرف الآخر وأصبح الغرر أو الفائدة من عناصر المساومة (bargain) ، وبذلك نصل إلى فكرة العقد التبادلى <sup>(١)</sup> ، ويصبح الاعتبار عنصراً يجعل الوعد ملزماً ويصبح المادة أو الثمن المطلوب من الواعد مقابل وعده .

### أنواع الاعتبار وشروطه :

والسبب الحسن في القانون الانكليزى أساسه في الغالب رابطة الدم وهو مقابل أدبى مبنى على الماطقة ولكنه ليس أساساً كافياً للالتزام ولذلك يجب أن تكون الهبة في عقد مختصوم ذلك أن الالتزامات التى يكون فيها الاعتبار من النوع الحسن يجب إثبات معنونها في عقد مختصوم . أما السبب للتصوم فإنه يلزم لصحة العقد البسيط أو العادى وبدونه لا يكون العقد صحيحاً . ويشترط في الاعتبار أن يكون حقيقياً أى يكون له قيمة مادية فلا يكون اعتباراً قيام شخص بتنفيذ ما يجب عليه قانوناً أو التمسك

يعمل غير ممكن التنفيذ<sup>(١)</sup> ، وتكون هذه القيمة بمقياس ذاتي أى لا أهمية لها إذا كان لهذا الاعتبار قيمة لدى الغير<sup>(٢)</sup> ويشترط القضاء الإنجليزي أن يتكون للاعتبار قيمة مادية فالالتزام الأدبي لا يصلح سبباً<sup>(٣)</sup> ، ولا تهم المادلة بين الالتزامات فالقيمة بوجوده وليس بتعادله أو توازنه مع المقابل ويكفى أن يطلب الاعتبار بمقدرة من الواعد حتى لا يكون الاعتبار صورياً والقانون لا يبحث ما إذا كان الاعتبار كافياً ومبرراً للوعد أم لا ، فالقيمة في أن يكون الاعتبار ضرراً أو خسارة للمستضع ومنفعة للواعد فالشقة المهيئة أو السيارة كافية لتبرير الوعد بإعطاء مبلغ كبير من المال والواقع أن عدم النظر إلى التعادل والموازنة بين الالتزامات يحمل فكرة الاعتبار شكلية لأن أقل اعتبار يكفي لصحة العقد فيبيع منزل يساوى آلاف الجنيهات بمبلغ صغير صحيح في القانون الإنجليزي كما أن حبة القمح تصلح اعتباراً<sup>(٤)</sup> ولا يستطيع القانون أن يتدخل لإعادة التوازن في العقد أو مراقبة تقدير طرفي العقد لمصلحتها باعتبار أن الأشياء التي تصلح اعتباراً قد يكون لها قيمة شخصية وهنا يبدو التناقض بين أن تكون فكرة الاعتبار فكرة موضوعية وبين أن يكون مقياس الاعتبار شخصياً إلى حد بعيد على أن بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية أبحاث أن يحمل العقد المكتوب محل الاعتبار . كما اشترطت تعادل الالتزامات وأبطلت بعض الأحكام التزامات لا تعادل فيها الاعتبارات .

---

(١) لهر . ج ٢ ص ١٠٨ .

(٢) سلفين ج ٣ ص ٥٠ . Commentaries of English law .

(٣) لهر ج ٢ بند ٦٩٩ .

(٤) بولوك في العقد بند ٩٢ — مازودروس في القانون المدني ج ٢ ص ٢٢٢ —

فيليب جيمس المدخل للقانون الإنجليزي ص ٢٥٣ .

ويشترط في الاعتبار أن يكون حاضراً بمعنى أن يطلب وقت المقد فإنها  
كان الاعتبار سابقاً كخدمة سبق أداؤها فإنه لا يصلح اعتباراً كأصل مع أن  
القضاء الانجليزي قد اعترف بالالتزام الطبيعي كاعتبار في حالتين أولاً إذا  
كانت الخدمة السابقة قد ائتمن عليها وكانت بناء على طلب المدين وحال عذر  
قانوني دون المطالبة بها في وقتها وثانيتهما إذا أقر المدين بالالتزام الطبيعي  
بشرط أن يكون قد احتضاد منه<sup>(١)</sup> ولا يصلح الالتزام الطبيعي اعتباراً لأنه  
سابق على التعاقد ولأن الدائن به لا يتم شيئاً في المقد الحاضر مع أنه قد تحمل  
الفرم في الماضي .

ويشترط أن يكون الاعتبار مشروعاً ذلك أن القانون الانجليزي  
لا يسمح بالاتفاقات التي تخالف النظام العام أو الآداب<sup>(٢)</sup> ويجب أن تكون  
الساومة في العقود التبادلية مشروعة وقد أبطل القضاء الانجليزي الاتفاقات  
التي يكون الفرض منها تعطيل الرافق العامة أو إنشاء علاقات غير مشروعة  
أو مخالفة للآداب ، ولا يهتم القانون الانجليزي بالبواعث إلا أنه يبطل  
الاتفاقات التي تخالف النظام العام أو الآداب بالاستعانة أحياناً بعدم مشروعية  
الحل كالاتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة مع سيدة فهو باطل لعدم شرعية  
الحل وكذلك تبطل الاتفاقات التي تتضمن وسيلة للوصول إلى غرض غير  
مشروع إذا كان الطرفان متفقين على ذلك<sup>(٣)</sup> .

وإذا كان السبب كأصل في العقود هو للقابل للتعويض الذي يبرر خسارة.

---

(١) المدخل للقانون الانجليزي Philip s. james الطبعة السادسة سنة ١٩٠٣ من ٦٦

(٢) المرجع السابق ، والقانون - الالتزامات ج ١ ص ٦٣ .

(٣) لمر ج ٢ ص ٧٤٨ Arnest lehr

للتزم فإن الهبة بذلك يمين ألا يكون فيها عنصر الاعتبار ولذلك استبعد القانون الإنجليزي فكرة الهبة تحت شرط فيجب أن تم الهبة دائماً بمثل رضى والوعد المجانى هو الذى لا يطلب فى مقابله عمل أو وعد مقابل عند إنشائه ويتم بعقد مختم وفى هذه الحالة لا يكون القبول ضرورياً إذ القبول وهو لازم فى عقود المعاوضة يجب أن يعطى على الاعتبار وبالتالى فإن نية التبرع فى ذاتها لا يكون لها قيمة مادام اشتراط العمل الرسمى لقيام الهبة قائماً .

### خصائص الاعتبار :

وبذلك يظهر أن الاعتبار فى القانون الإنجليزي ليس هو السبب بالنسبة الذى نفهمه من كلمة السبب فى التشريعات اللاتينية فهو ما يطلبه الواعد فى مساومته من الطرف الآخر فى العقد كشيء أو تضحية من الطرف الآخر مقابل الوعد وبذلك يمكن أن نجمل خصائص الاعتبار فيما يلى :

١ — أن الاعتبار عنصر داخل العقد وليس أمراً يتعلق بالإرادة فهو شيء أو تضحية أو فائدة أو ضرر فهو ما يطلبه العاقد فى المساومة وقد يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ولكنه على أية حال له صبغة مادية أو مقدرة القيمة بالنسبة للعاقدين داخل العقد ولا يبعث عنه خارجه .

٢ — أن الاعتبار عنصر من عناصر العقد فالعقد لا يكون صحيحاً إلا إذا وجد الاعتبار وهو الالتزام للقابل بالنسبة الذى سلف ذكره والاعتبار بهذه الصفة يجب أن يحويه القبول .

٣ — أن المادة لا تتم فى الاعتبار ويكفى أن يطلب مجدية من الواعد .  
فالقانون لا يبعث التبادل بين الالتزامات .

والقيمة الموضوعية للاعتبار يمكن أن تكون ضعيفة جداً ولكنها تكون ضرورية لصحة العقد والقاعدة التي قال بها دوما « لا شيء بدون مقابل » rien n'est gratuit قاعدة تمت مقبولة في النظام الإنجليزي وعندما يكون هناك اعتبار حسن يجب استعمال العقد المختوم<sup>(١)</sup>.

وتطور الاعتبار أقل من تطور فكرة السبب في القانون الفرنسي والسبب له ناحية شخصية في القانون الفرنسي ولكنه يبدو موضوعياً في القانون الإنجليزي، وعندما يشترط القانون الفرنسي شكلاً معيناً للبهة مثلاً فإنه يفترض أن لها سبباً صحيحاً ومشروعاً ولكن في القانون الإنجليزي بمد العقد المختوم عقداً سليماً وصحيحاً وبمجرداً.

على أنه في بلد كإنجلترا حيث تمثل عقود الماوضات غالبية العقود وذلك نظراً لصفة البلد التجارية أكثر من غيرها يبدو الماقد الانكليزي أكثر حماية بالنسبة للتصرف المجرد من الماقد في ظل القانون الفرنسي فالتصرف المجرد يبطل في القانون الفرنسي إذا كان غير مشروع، وفي ألمانيا يبقى التصرف المجرد صحيحاً ولكن تمطل آثاره عن طريق الأثرء بلا سبب<sup>(٢)</sup>. وفي القانون الإنجليزي تبدو قرينة صحة التصرف كأنها قاطمة كما في القانون الروماني القديم.

وعلى أية حال فإن القانون الألماني يبدو أنه يضعى بالصالح التردى في سبيل النظام العام واتخذ القانون الفرنسي موقفاً وسطاً<sup>(٣)</sup>.

---

(١) بولجيران في السبب ص ٢٠٦ .

(٢) للرجع السابق ص ٢١١ .

(٣) للرجع السابق ص ٢١١ .

وأساس عدم البحث في التبادل بين الالتزامات أن القانون يحيل للمتقدين أساساً في تقدير مصلحتها في المقدم فلا يتدخل البحث عن التوازن في مضمون المقدم جبرياً وراء فكرة إطلاق الحرية للمتقدين للبحث عن مصلحتها سواء لم ما يوجه من نقد إلى فكرة الاعتبار أنها تكاد أن تصبح مجرد قيد شكلي على إرادة المتقدين مادامت هي في ذاتها لا تعدم مصلحة للمتقدين ولا تصلح لحماية أحدهما من الآخر .

#### وظيفة الاعتبار :

على أن وظيفة الاعتبار أو هدف ذلك العنصر من عناصر المقدم لم تكن دائماً واحدة في مراحل القانون العام . ففي بدء تطور القانون العام لم تكن فكرة المقدم كمصدر للالتزام قد نشأت وكان للشكل تأثير سحري<sup>(١)</sup> إذ كان يكفي لنشأة الالتزام كما أن نشأة الالتزام كانت ترجع أيضاً إلى فكرة أخرى هي أن اللدعي عليه قد سبب ضرراً أو واعد أو أنه تلقى منه أداء معيناً ولم يدخل القانون إلى السبب في هذه المرحلة إما لأن الوصول إلى فكرة السبب كانت متضمنة أو لأن القانون لم يشأ أن يتدخل في أمر كان يعد أمراً خاصاً<sup>(٢)</sup> فكان للشكل أو للفرز أو للقائنة هي العناصر التي تكفي لقيام الالتزام ولم يكن تطلب أحد هذه العناصر يشكل قيداً على حرية التعاقد كما لم يشكل أى مشكلة أمام القانون . أما البحث عن البواعث فكان من وظيفة محاكم العدالة التي يختص بها «استشار الملك»<sup>(٣)</sup> وكانت نظرية السبب مقبولة إلى حد ما أمام محاكم

(١) مذكرات جورولا gorla من ١٠٨ في القانون القانون .

(٢) المرجع السابق من ١٠٩ .

(٣) المرجع السابق من ١٠٩ .

المدالة بخلاف محاكم القانون العام وكان السبب مفهوماً على أنه « أى سبب لإنشاء وعد يكون جدياً بطريقة تكفى لأن يكون أساساً لدين مشروع »<sup>(١)</sup>

Any reason for making a promise which appeared serious enough to be the foundation of a moral duty.

وهذه هي فكرة السبب باعتباره أى باعث معقول أو سبب معقول لإنشاء الوعد ، وصفة الجدية في السبب أو الباعث كمعيار موضوعي تبدو قيّداً على الإرادة . ثم تطلب الأمر — مادام الاعتبار يقصد به أساس الالتزام — البحث عن نية الالتزام ، وحدودها ومداهما إذ يجب التأكيد من أن الإرادة اتجهت إلى أن تلتزم قانوناً ( to assume legal obligation ) . وعندما وصل الأمر إلى ذلك لم يصبح للشكل تلك القيمة السحرية بل أصبح مجرد علامة على اتجاه الإرادة إلى الالتزام قانوناً<sup>(٢)</sup> . وبذلك أصبح الاعتبار أو المساومة علامة على تلك الإرادة فطلب شيء مقابل الوعد يظهر تلك الإرادة في الالتزام وعندما يكون الوعد بلا مقابل تظهر إرادة الالتزام في أن الواعد يحمل للشقة أو بذل مجهوداً لإعطاء الوعد شكله الرسمي وبهذه النظرة حل الاعتبار محل الشكل أو العمل المحتوم .

وفي الواقع قارب الفقهاء بين الاعتبار وبين الشكل فأصبعا شرطين متبادلين لصحة العقود<sup>(٣)</sup> .

Two alternative conditions of the validity of contracts.

ولذلك فإن الوعد بلا مقابل لا يكون له قوة ملزمة إلا بإتخاذ إجراء شكلي

(١) جولاس ١٠٩ .

(٢) المراجع السابق ص ١٢٢ .

(٣) المراجع السابق ص ١١٢ .



وقد قبلت لجنة تعديل القانون الإنجليزي سنة ١٩٢٨ اقتراحاً بإحلال الكتابة محل الاعتبار سواء كانت الكتابة رسمية أم لم تكن كذلك<sup>(١)</sup>. كما أن بعض الولايات الأمريكية التي ألغت عملاً الشكل الرسمي جعلت الكتابة محل فاصح الوعد صحيحاً حتى بدون الاعتبار ما دام ناشئاً عن الكتابة لغت الكتابة بذلك محل الاعتبار في إثبات إرادة الالتزام قانوناً وهذا ما كان القاضى اللورد مانسفيلد قد قرره سنة ١٧٦٥ في قضية *pillans. v. mierop* إذ كان قد قرر أن الاعتبار يتضمن فقط دليلاً على إرادة الالتزام قانوناً. غير أن هناك استثناء وهو البحث عن الفرض غير المشروع من التصرف إذ يباح للقاضى أن يبحث عن هذا الفرض في نية المتعاقدين والواقع أن الاعتبار بهذه الصفة ليس سوى وسيلة لإثبات إرادة الالتزام وليس هو المدافع إلى هذه الإرادة على الالتزام فهو يختلف في ذلك عن القوانين اللاتينية ، كما أنه بذاته ليس له صلة بالإرادة نفسها فهو عنصر موضوعى في العقد وقد يستدل به على وجود إرادة الالتزام . كما رأينا أنه لا يؤدي إلى وظيفة التعادل بين الالتزامات لأن ذلك متروك للمتقاعدين كما ذكرنا وهو خلاف جوهرى بين الاعتبار وبين المعاوضة في الفقه الإسلامى كما سنرى فيما بعد ، وإن كان بعض الباحثين قد جعل فكرة الاعتبار موجودة في الفقه الإسلامى حيث قرر أن من شروط العقد الصحيح في الشريعة الإسلامية وجود الاعتبار<sup>(٢)</sup>.

(١) المرجع السابق ص ١١٤ - فيليب جيمس - المدخل للقانون الإنجليزي ص ٢٥٤ .

(٢) جورلا ص ١١٤ .

(٣) ماجد لقورى وهربرت لينزى - نشأة وتطور القانون الإسلامى - ج ١ ص ١٩٢ - بالإنجليزية .



## الفصل الخامس الصياغة ومنهج البحث في الفقه الإسلامي

### الشريعة الإسلامية شريعة دينية :

تختلف الشرائع فيما بينها من نواح عديدة فتختلف في مصادرها فتشتد شرائع يقوم فيها التشريع بالدور الأساسي ويكون مصدرها الغالب وذلك كالقانون الروماني والشرائع للسقطة منه ، وهناك شرائع يكون الغالب في مصدرها العرف كالشرائع الأنجلوسكسونية ونوع آخر من الشرائع يكون مصدره إلهياً فيكون التشريع سماوياً كالشريعة الإسلامية . وتختلف الشرائع فيما بينها أيضاً في القواعد الموضوعية التي تنظم موضوعاتها المختلفة فذهب كل شريعة في تنظيم موضوع معين إلى المذهب الذي تراه متفقاً مع صالح الجماعة متأثرة في ذلك بعوامل عديدة منها الجنس أو الظروف الطبيعية أو البيئة التي يسرى عليها التشريع كما تختلف الشرائع علاوة على ما سبق من ناحية الروح التي تملى وضع بعض النظم كما هو الحال في الفارق بين تشريعات الأمم التي تأخذ بالنزعة الفردية وتشريعات الأمم التي تأخذ بالنزعة الجماعية أو الاشتراكية . على أن التباينة العظمى من الشرائع التي تطبق في الوقت الحاضر بينها عوامل للتشابه ولا يدخل في ذلك بطبيعة الحال للشريعة الإسلامية ذلك أن لها أصولها الخاصة التي نبعت منها غير مشتركة في شريعة أخرى فيها<sup>(١)</sup> .

---

(١) فالشريعة الإسلامية هي شريعة الإسلام وليست شريعة أمة من الأمم أو مجموعة من الشعوب وقد ذهب البعض إلى تأثرها بالقانون الروماني في البلاد التي كان يحكمها هذا القانون عند فتح الإسلام كالشام ومصر وانتهت هذه الدعوى إلى تحرير ما اقتضاه ( بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني — دراسات إسلامية للدكتور صوفي حسن أبو طالب رقم (١) )

وقد ذهب بعض علماء القانون عند البحث في تقسيم الشرائع إلى تقسيمها بحسب الجنس الذى سادت عليه كما ذهب البعض إلى تقسيم الشرائع بحسب تأثيرها بالقانون الرومانى أو القانون الجرمانى أو عدم تأثيرها بأحد هذين للتشريعين وهو مذهب جلاسون في تقسيم الشرائع إلى ثلاث فئات ، وذهب بعض العلماء إلى تقسيم الشرائع أو النظم القانونية في العالم إلى خمس نظم هي الشريعة الغربية والشريعة السوفيتية والشريعة الإسلامية والشريعة الهندية والشريعة الصينية وذهب آخرون إلى تقسيمها إلى ثلاث شرائع هي الشرائع الغربية والسوفيتية والدينية كالشريعة الإسلامية والقانون الكنسى والمعدى ، أما القانون الصينى فهو فريد في فلسفته وذو تأثير ضعيف في قوانين العالم<sup>(١)</sup> .

على أن أى تقسيم من التقسيمات السابقة في نظرنا لا يدخل فيه الشريعة الإسلامية اللهم إلا التقسيم الذى يدخلها ضمن التشريعات التى يكون مصدرها دينيا فهذا ما لا خلاف فيه من أحد . أما التقسيم بحسب الجنس فإن الأصل في الشريعة الإسلامية أن أحكامها تصلح للبشر جميعاً دون جنس معين أو لون معين وهذا ما لا خلاف فيه من أحد لأنه أصل من أصول الشريعة والفقه معاً . كما أن التقسيم الذى قال به جلاسون لا يصلح إلا في النوع الثالث منه ، أعنى أن الشريعة الإسلامية لم تتأثر في نشأتها أو تطورها بالقانون الرومانى أو غيره ، وهذه الدعوى التى أثارها البعض قد انتهى أمرها عند علماء القانون بنفى ذلك التأثير<sup>(٢)</sup> فقد كان في الفقه الإسلامى بمذاهبه المتعددة خلاطات عديدة

(١) أصول القانون المدنى للمؤلف الدكتور عبد المصم البدرأوى سنة ١٩٥٩م ٢٩٨ .

(٢) شفيق صحنه في النظرية العامة للالتزامات في العربة الإسلامية ققرة ٢٨٥ والدكتور صوفى حسن في تاريخ النظم القانونية س. ٢٩٥ وما بعدها — للندخل في الفقه الإسلامى للدكتور سلام مذکور س ٣٠ وما بعدها وما أثار إليه من مراجع في المباحث .

تتعلق بالفروع أو حتى بطرق الاستدلال عليها وعلى قدر ما أجهد الفقهاء المسلمون أنفسهم في الاستدلال لأربهم فإننا لا نجد أى إشارة من أحدهم للاستناد إلى قاعدة من قواعد القانون الرومانى فيما لانص فيه أو لتأييده فيما يذهب إليه عند وجود النص .

ولا جدال عندنا أن الشريعة الإسلامية تتميز بصياغة لا تتشابه مع شريعة من الشرائع ، ويرجع ذلك في الأصل إلى أن مصدر هذه الشريعة مصدر إلى في جميع أحكامها سواء ماتعلق بالمبادئ والشعائر الدينية أو ماتعلق بالمعاملات بين الناس على اختلاف أنواعها وسواء كانت هذه للمعاملات مالية أو تتعلق بالأحوال الشخصية أو كانت علاقة الحاكم بالحكوم أو علاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم ، فكل ذلك مصدر للتشريع فيه إلى وليست هناك شريعة دينية بالمعنى المتقدم سوى الشريعة الإسلامية دون غيرها ، ذلك أن الشرائع التي تستند إلى دين من غير الأديان الكتابية كالتقانون الهندى لا تستند إلى نصوص هذا الدين بقدر ماتستند إلى عادات وتقاليد نشأت في ظل هذه الديانة مما يجعله متأثراً بموامل تتعلق بالبيئة والزمن . كما أن التقانون الكنسى لا يستند مباشرة إلى نصوص الإنجيل أو أقوال الرسل بقدر ماتستند إلى آراء وقرارات الجامع الدينية التي كانت تجمتع لبحث موضوع أو موضوعات معينة كما في بعض مسائل الأحوال الشخصية — إذ أخذت الجامع الكنسية مثلاً تملن تحريم الطلاق في جميع الأحوال ، واستقرقه الكاثوليك على تحريمه حتى مع حقه الزنى منذ القرن الثانى عشر<sup>(١)</sup> ، وذلك بدعوى تفسير كلام أنجيل متى بما يجعله غير متناقض مع الرأى السابق — بالقول بأن السيد المسيح إنما قصد المهجر

---

(١) مذكرات الأستاذ حلى بطرس في الأحوال الشخصية ص ١١١ .

والفرقة بين الزوجين أى نظام الانفصال الجثائى وليس الطلاق بمعنى فصح عرى الزوجية . كما أن الفقهاء الكنديين وإن تعرضوا لبعض مسائل القانون فيما يتعلق بالمعاملات وأسهموا فى انتشار بعض القواعد القانونية العامة مثل نظرية الرضاية فإن أحداً لم يدع أن الشريعة المسيحية جاءت بنظام كامل لحياة الإنسان فى عباداته ومعاملاته وعلاقاته حتى علاقة الأمة بنهرها من الأمم ذلك أن الدين المسيحى قد هبطت رسالته فى عصر لا يحتاج فيه إلى التشريع بقدر ما يحتاج إلى إصلاح القائم على التشريع الذى كان قائماً فعلاً كالتقانون الرومانى والشريعة اليهودية ثم اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية زمناً وأمكن للكنيسة عن طريق ذلك أن تفرض بعض القواعد القانونية التى خرجها فقهاء الكنيسة تخرجاً من للث والقيم المسيحية فتكون من ذلك ما يعرف بالتقانون الكنىسى ، وهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحى نفسه كما سبق أن ذكرنا وإنما مصدره الكنيسة نفسها .

#### المؤصول العامة للفق الإسلامى :

ويميز الفق الإسلامى بأصوله العامة ذلك أنه متى وجد الفق فلا بد أن يكون هناك منهج للاستنباط وحيث كان للنهائج يكون هناك حتماً أصول الفق<sup>(١)</sup> وقد كان الإمام الشافى أول من دون أصول الاستنباط وضوابطه من فقهاء الجمهور وقبلة لم تكن هناك أصول عامة وقواعد كلية يهتدى بها عند كثرة المسائل الفقهية وتفرعاتها فجاء الشافى وميز القواعد الفقهية ووجه الناس إلى العمل بالحديث وأعطى له مكانته الأولى فى الفق<sup>(٢)</sup> والجمهور من الفقهاء يقرون

(١) أصول الفق الجفرى للاستاذ محمد أبوزهرة . المقدمة .

(٢) نظرة عامة فى تاريخ الفق الإسلامى لطفى حسن عبد القادر ص ٢٦٦ - ٢٦٩ .

للإمام الشافعي بوضع وتدوين علم أصول الفقه قال الفخر الرازي في مناقب الشافعي ص ٥٧ : « استنبط الشافعي علم أصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة شرائب أدلة الشرع »<sup>(١)</sup> فقد سبق بوضع للناس وإن كانت موجودة من قبل ذلك . إلا أن بعض الشيعة الإمامية يخالفون الجمهور فلا يقرون للإمام الشافعي بأسبقيته ، وقالوا إن أول من ضبط أصول الاستنباط وأملأها لتلاميذه الإمام محمد الباقر على زين العابدين وجاء من بعده ابنه الإمام أبو عبد الله جعفر الصادق - على أن الثابت كما ذكرنا أن الإمام الشافعي هو أول من صنف في أصول الفقه وذلك في الرسالة وقد كتبت بخط الربيع بن سليمان وكتبها في حياة الشافعي .

على أنه ليس معنى ذلك أن القواعد الفقهية العامة لم تكن معروفة من قبل تدوين علم أصول الفقه بل كانت هذه القواعد في أذهان الفقهاء وكثيراً ما دارت للنقاشات بين الإمام أبي حنيفة والإمام الأوزاعي في هذه الأصول . وقد جمع أبوطاهر الدباسي الفقيه الحنفي في الوراق أهم قواعد الإمام أبي حنيفة في سبعة عشر قاعدة وأكملها الإمام الكرخي الفقيه الحنفي إلى سبع وثلاثين قاعدة وجاء من بعده الإمام الديلمي المتوفى سنة ٣٠٤ هـ . وهو حنفى للذهب أيضاً وألف كتاب تأسيس النظر مشتملاً على ست وثمانين قاعدة وقد علمه علماء أصول الفقه من كتب الأصول<sup>(٢)</sup> .

وقد كانت القواعد معروفة قبل زمن الإمام الشافعي بكثير فعرف منها

---

(١) مقدمة الرسالة لشافعي .

(٢) المدخل في الفقه الإسلامي للدكتور سلام مذكور ص ١٨٤ - ١٨٥ .

(٧ - سبب الالتزام)

الفكر اليسير في عهد الصحابة وسار التابعون عليها ثم اتسعت القواعد الأصولية في القرن الثاني الهجري في عصر المجتهدين الأربعة أصحاب المذاهب وفي ذلك العصر دوين الشافعي قواعد أصول الفقه<sup>(١)</sup>.

ويقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة إن أحدًا لم يدع أن الإمام محمد الباقر كان أسبق من الإمام الشافعي في تدوين قواعد علم الأصول بل سبق الإمام الشافعي بالتصنيف<sup>(٢)</sup> في هذا العلم وتدوين قواعده ليصير قانونًا كليًا للمسائل في فروع الفقه.

#### ارتباط الفقه بقواعد المصداق:

ويميز الفقه الإسلامي أنه فقه قائم على أساس الدين الإسلامي فهو يمزج بين فكرتي القانون والدين وينتج عن ذلك امتزاج القانون بالأخلاق ثم امتزاج بين القانون وأحكام المداقة وهذا التوفيق كان موجودًا في القانون الروماني ولا يزال المزج بين أحكام القانون والمداقة قائمًا في إنجلترا إلى اليوم وصار من اللازم أن توجد قواعد تحقق من شدة القانون أحيانًا ولذلك وجد « البريهور » عند الرومان ، ومحاكم المداقة عند الانكليز - كما أن الذريعة الإسلامية شريعة جماعية رغم عنايتها الظاهرة بالفرد وتمزج بين فكرتي الحق والواجب وهي شريعة مرنة تفر للتطور إلى حد بعيد<sup>(٣)</sup> وليس في الفقه

---

(١) أصول الفقه للأستاذ زكريا البرديسي .

(٢) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في أصول الفقه فقرة ٩ وراجع زكي الدين شعبان في أصول الفقه ص ١٤ - ١٥ .

(٣) الدكتور عبد الرحمن البراز أحاديث في الفقه والقانون طبعة بغداد سنة ١٩٥٨ ص ١٠٦ - ١١٩ .



الإسلامي ما يفض من قيمته إذ كان قائماً على أساس الدين لأن القوانين التي تستمد من الدين تكون أسس بالوجدان ومن شأن ذلك أن يقلل القرار من أحكامها لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون القرار، كما أن ربط القانون الإسلامي بالدين جعله مرتبطاً بكل الارتباط بقانون الأخلاق وقد كان ارتباط القانون بالأخلاق في ذاته حلماً للفلاسفة والمصلحين وذلك فضلاً عن أن استمداد القانون من الدين جعل سلطانه شاملاً للحاكم والمحكوم وذلك في أزمان كانت سلطة الحكم فيها مطلقة فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً على الحاكم وتهذيباً للمحكوم<sup>(١)</sup>.

#### الصناعة الفقيرة للقانون الإسلامي

ومن ناحية الصياغة الفقهية فقد بلغت عدد الفقهاء المسلمين حداً عالياً من الدقة في الصياغة ويرجع ذلك في نظرنا إلى الواجب الشخصية التي كان يستمع بها الفقهاء الأعلام وشدة الرغبة في تحري الدقة وبيان وجه الحق في حكم الشريعة باعتبار ذلك واجباً دينياً في المقام الأول وقد أدى ذلك إلى ظهور نماذج من الصياغة لا نظير لها في أي فقه آخر<sup>(٢)</sup> فقد ميز فقهاء المسلمين بين الحق والرخصة واعتبروا أن الرخصة أدنى مرتبة من الحق كما ميز الفقهاء الحنفي عند تناوله أحكام المقود من حيث الصعوبة والبطالان مرتبة ثالثة هي الفساد، فالمقد الباسد

(١) مقسة كتاب الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة . وراجع الدكتور سلام مذكور في للنقل لفقهاء الإسلام ص ٣٩ — ٤٠ وعبد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد ص ٢٠٣ .

(٢) وكان لفقهاء أثره ولم يمت حجة الاجماع وعده مصدراً من مصادر الشرع — للنقل بالعلوم القانونية البهراوى طبعه بيروت ص ٣٥٦ — ٣٦١ .

عند الأحاط إذا لم يكن عقداً صحيحاً فهو عقد له وجود مادي ووجود شرعي يحمله قائماً ، ويصح أن يفيد أثره باتصال واقعة كالقبض به ، وقد كان ذلك التصور لمرتبة بين الصحة والبطلان في الفقه الحنفي مبنياً على صياغة فقهية أوجب فيها التفريق بين أصل العقد ووصفه — وأصل العقد عدم هو الرضا والوصف قد يكون راجعاً إلى الحل أو الرضا أو الشرط في العقد ، فإذا اختل وصف من أوصاف العقد كان يدخله شرط فاسد أو يشوب الرضا عيب الإكراه فقد اختل وصف العقد وإن كان قائماً بركبه ، ولذلك كانت للعقد الفاسد آثار منها أنه يفيد الملك عند اتصال القبض به .

ويرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الفقه الحنفي أراد في الواقع أن يزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً للبطلان في العقد فهو يميزه بين الأصل والوصف جمع تحت الوصف الفرع والربا والشرط الفاسد وعرضا من أصل العقد وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط فيز بذلك بين ماعده أصلا في العقد وبين ماعده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأناً من الأصل وبذلك أضفى الأثر الذي يترتب على الربا والفرع والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد ، فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ناجية وهي أسباب متطورة تطورت فعلا وكانت في سبيلها إلى التطور وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها في التطور ، ولم تنأج للذهاب الأخرى للذهب الحنفي في تمييز العقد الباطل من العقد الفاسد<sup>(١)</sup> على أن هذه التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في الآثار عند للذهب الحنفي قطع ليست بالفارق الكبير بينه وبين للذهاب الأخرى ، ذلك أن عقد المكراه في البيع مثلا لا ينقل

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للاستاذ السنهوري ج ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها .

للملكية المشتري بالقبض ، باعتباره تصرفاً شرعياً وإنما ينقل للملكية العقد  
الفاقد للقرن بإذن لئلا يكسب باعتباره مائة مادية إذ لو كان عقد البيع الفاسد  
هو الذى ينقل للملكية إلى المشتري باعتباره تصرفاً قانونياً لنقلها إليه بالقرن  
المسئ بالمقد ولكنه نقلها بالقيمة أو بمن المثل ، فالمقد الفاسد إذا فى حكم الواقعة  
المادية التى يرتب الشارع عليها أثر حماية لحق الغير<sup>(١)</sup> ومن ناحية أخرى  
فليس للفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد أهمية تذكر وهى فى نظرنا لا تمثل  
أكثر من دقة بالغة فى الصياغة الفقهية إذ يفتق العقد الفاسد مع العقد الباطل  
فى أن الشارع لا يعبرهما ، جاء فى فتح القدير « مقتضى عدم شرعية وصف  
العقد أن الشارع يكره أمثال هذه العقود ويأمر برفضها فكل من الطرفين  
حق فسخ العقد الفاسد لأن رفع الفساد واجب عليهما ولا يشترط حكم القاضى  
لفسخ العقد وللقاضى أن يفسخه جبراً »<sup>(٢)</sup> .

فإذا كان الأمر كذلك أصبح الفارق ضئيلاً بين المذهب الحنفى والمذاهب  
التي لم تعرف وصف الفساد فى العقد ، إذ ما دام العقد الفاسد لا يحتاج إلى قضاء  
يفسخه ، ويجب عليهما رفضه ، ورفضه القاضى جبراً عن المتماقدين ، فهذه الآثار  
بذاتها هى أحكام البطلان المطلق فى القانون وتكون الآثار التى يرتبها  
الفقهاء على العقد الفاسد هى بوضعه واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً معزلاً  
من الشارع ، قال النزالي فى المستصطفى « الفساد مرادف للبطلان عند أصحاب  
الشافعى وكل باطل فاسد »<sup>(٣)</sup> .

(١) وحيد سوارى فى التعبير عن الإرادة هامش ص ٢٩٨ .

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٧ .

(٣) المستصطفى ج ١ ص ٦١ .

### قابلية الفقه للتطور في الزمان والمكان :

ولم يفت الفقه الإسلامى منذ نشأته الأولى أن النصوص تنهاى والوقائع لا تنتهى ومن ذلك تحديد عقوبة شارب الخمر عن طريق الاجتهاد أو هو التشريع على وجه أدق فلم يرد فى شارب الخمر حد مقرر ، ولما كان الحال يدعو لتحديد عقوبته قايس المجتهدون بين هذه الجريمة وبين غيرها مما يشابهها روى أن الإمام على بن أبى طالب قال فى عقوبة شارب الخمر «أراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون» فكان ذلك نظراً إلى قدر الجريمة بقياسها إلى غيرها<sup>(١)</sup> مما وردت عقوبته ، وذلك حتى يكون العقاب على قدر الجرم ، وليس فى تقدير الجرم نظر أسلم من تقدير معقباته والعقاب على قدر هذه المعقات ، وقد كان إدراك الفقهاء المسلمين لنهاى النصوص منذ نشأة الفقه الإسلامى أثر بالغ فى صياغته ، ذلك أنه ما دامت النصوص تنهاى فلا بد من مصادر أخرى لفقه تبيين حكم الله فى الواقعة ولا بد أن تكون هذه المصادر مما لا ينتهى بطبيعتها وإذا اعتبرنا أن كل مصادر الفقه الإسلامى ترجع إلى النص فإن مصدراً كالمصلحة المرسلة يفتح الباب لتطور هذا الفقه من الناحية الموضوعية إلى آخر مدى ، ولم يفت الفقهاء المسلمين أن يضعوا الضوابط للأخذ بهذه المصلحة كالاستصلاح هو استنباط الحكم فى واقعة لانس فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لأدليل من الشارع على اعتبارها أو إنائها ومن أمثلتها كثير مما فله الصعابة رضوان الله عليهم مما لم يرد فيه نص ولم يؤثر فيه إجماع مثل اتخاذ السجون وسك النقود وإنشاء الدواوين ، والواقع أن الصعابة والخلفاء

(١) على أن هذا التحديد يعتبر تابعاً بالإجماع وهو دليل قطعى ، وإن كانت النسبة ظاهرة

فى الوصول إلى تحديد العقوبة بحد معين من الجلدات .

الراشدين ومن تابعهم قد شرعوا بناء على مطلق المصلحة، ثم تناول الفقهاء هذا المصدر فذهب الإمام مالك وأحمد بن حنبل<sup>(١)</sup> إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لانص فيه ولا إجماع، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها تصلح لأن يبنى عليها الاستصلاح وتطرف أحد فقهاء المذهب الحنبلي وهو نجم الدين الطوفي فذهب إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعي الأساسي في المعاملات بل سبيل للتشريع فيما لانص فيه وفي حالة وجود النص فإنه حيث وجدت المصلحة في السياسات الدنيوية ثم وجه الشرع، وأما الإمام الشافعي فكان لا يأخذ بالاستصلاح كالاستحصان وقال « من استصلح فقد شرع » ، أما الشهور عن الحنفية فهم لا يأخذون بالاستصلاح مع أنهم من أهل الرأي وقالوا بالاستحصان ، غير أن علماء الأصول قد حددوا شروطاً للاستصلاح تصلح بذاتها شروطاً يضبط بها التشريع في كل زمان ومكان لأنها شروط عامة تهدف إلى جعل التشريع يحقق الغاياته فأول شرط في الاستصلاح أن تكون المصلحة مترتبة على الحكم قطعاً فلا تكون المصلحة مظنونة أو متوهمة وثاني هذه الشروط أن يكون الحكم موضوعاً لمصلحة الناس جميعاً وليس لمصلحة فرد أو طائفة ، وفي ذلك ضماناً لشرعية الحكم والتنسوية بين الناس وثالث هذه الشروط ألا يبنى الحكم على وصف شهد الشارع بالإنهائه ، وهذا الشرط يقق مع ترتيب أدلة الشرع في الفقه الإسلامي فلا يكون هناك

(١) راجع نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء المذكورين سلام مذكور ص ٢٤٤ -

٣٤٧ - وللإسناد الفقه الإسلامي : « وقد اختار اختيار المصلحة في التصريح بإقالم تصادم نصاً أو إجماعاً من غير اشتراط شبه بالنصوص ، وفي ذلك توسعة في التصريح »

تشريع يخالف نصاً من الكتاب أو السنة أو إجماعاً أو قياساً على مثل ما تقدم .  
غير أنه قد نسب إلى الإمام الشافعي القول بالاستدلال للرسول وهو الذي يرجع  
إلى الاعتداد بالقواعد الشرعية التي تؤخذ من تصرفات الشارع عامة وإن لم  
يدل على اعتبارها شاهد معين وبذلك يكون الإمام الشافعي من القائلين بالمصالح  
للمسألة<sup>(١)</sup> غير أن الاستصلاح مع الشروط التي ذكرناها فيما تقدم يكون بعيداً  
عن الأهواء وعمقاً لمصالح المكلفين بالتشريع ومصدراً لا يتهى من مصادر  
الأحكام بكتل الفقه الإسلامي تطوراً دائماً لاتعمده إلا مصلحة من يشرع لهم الحكم  
وهو المهدف الأمل لكل تشريع ، قال الإمام الشافعي في اللواقيت « هذا  
الفطر كله أساسه كون للمصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا لا لئيل الشهوات  
ولا لإجابة داعي الهوى<sup>(٢)</sup> » .

### النظريات العامة في الفقه الإسلامي :

وإذا كان الفقه الإسلامي في مجموعه لا يعرض للنظريات العامة بل يجب  
استنباط هذه النظريات من المسائل والفروع<sup>(٣)</sup> فإن هناك فوارق عديدة بينه  
وبين أي فقه آخر غنىً بالنظريات ، ذلك أن الفقه الإسلامي لم يصل إلى  
ما وصل إليه من رقي ودقة في الصياغة عن طريق تطور تاريخي طويل ، إذ  
أنه في تشريع المعاملات مثلاً فإن القواعد العامة قد وردت في النصوص

---

(١) على خلاف ذلك الأستاذ الشيخ عبد أبو زهرة في كتابه ابن حنبل ص ٢٠٣ .

(٢) اللواقيت للشافعي ج ٢ ص ٢٦ — ٢٧ .

(٣) القانون في المرق الأوسط لمأجد قديمي وهربرت ليتز

وهي بذاتها تتضمن النظريات ، ولم يكن هناك من الفقهاء المسلمين من يتجاوز دوره إلى الحد الذي يقرر فيه قواعد عامة موضوعية دون أن تكون هذه القواعد بذاتها أو بما ترجع إليه منصوحاً عليها في القرآن أو السنة ، ومتى كانت الحاجة الاجتماعية هي التي تخلق النظم القانونية فإن هذه لا تنشأ ولا تتطور إلا من أجل تحقيق مصالح عملية تنتظر منها دون أن يلجأت أولاً إلى النظريات في ذاتها وما فيها من صياغة ، وغالباً ما تظل النظرية نفسها تابعة للمصلحة التي دفعت إلى إيجادها « إن النتيجة أولاً أما المبدأ فيأتي بعد ذلك »<sup>(١)</sup> ومتى كان الأمر كذلك انضمت لنا المبادئ والنظريات التي كانت توجه الحلول في الفروع التي ترد في كتب الفقه الإسلامي وظهر لنا بجلاء أن هذه المبادئ لم تكن تنبئ عن الفقهاء المسلمين وأنها كانت ضابطة عديم للفروع وللأسئلة مهيمتها عليها .

على أن هذه القوانين قد أخذوا في مطلع القرن العشرين يشعرون بفساد النظرية التقليدية التي ترجع إلى القوانين بحسب فضل الكشف عن كل حكم ضروري لحاجات الحياة الاجتماعية ، فقد قال أصحاب هذه النظرية عند ظهور مجموعة نابليون « إن التشريع الرسمي وحده يكفيها لكشف عن جميع الأحكام القانونية الضرورية للحياة الاجتماعية »<sup>(٢)</sup> ، ونبذ بعض الفقهاء من متبعي هذه النظرية من معادير الأحكام ما أسماه المصادر غير الصحيحة التي أقيمت غالباً مقام إرادة الشارع وقد حدد منها الاجتهاد والمذاهب القديمة منها والحديث والعرف الذي لم تدل عليه صراحة أحكام القانون وكذلك فكرة العدالة

(١) سأل الشخصية القانونية من ٤٢ الطبعة الثانية .

(٢) معروف الدوالي المستقل إلى علم أصول الفقه من ٣٢٢ .

والمصلحة العامة ، والواقع أن هذا النظر يدل على فساد في التفكير القانوني وحسبنا أن نشارن هذا القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية تنهوا منذ نشأتها إلى تفهيم النصوص وعدم تنافي الحوادث ، بل أن الشريعة الإسلامية لم تنقيد في الاجتهاد بما كان قياساً محضاً أو محولاً على النص <sup>(١)</sup> ، وأخذ الفقهاء المسلمون منذ فجر الإسلام بالقياس المحض كما أخذوا بالاستحسان أو الاستصلاح ونصوا على تغير الأحكام بتغير الأزمان والأعراف بما جعل الفقه الإسلامي يسائر حاجات المجتمع ، وذلك كله رغم أن الأحكام التي وردت في الكتاب والسنة هي بطبيعتها أحكام عامة ولم يكن الفقهاء في حاجة إلى استنباط النظريات والقواعد ، وقد وردت بها النصوص صراحة وليس لتأصيل النظريات وتعميد القواعد في ذاتها قيمة وقد ذكر أحد الفقهاء الكبار في هذا النظر « إن تعديد قواعد الطريقة لم يكن في يوم ما هدفاً للنقاش ذي شأن وفي حقيقة الأمر أن مسألة تعديد القواعد لم يكن لها في تاريخ المذاهب القانونية شأن يذكر وأن النقاش يدور دائماً حول لب المسائل وحول قيمة الجميع الموزونة بميزان المنطق لا حول طرائق اختيار الحلول <sup>(٢)</sup> ».

ونرى أن طريقة تدوين الفقه الإسلامي ساهمت إلى حد كبير في الصعوبة التحليلية التي تغلب عليه فقد دون من تلقوا عن الفقهاء ما تلقوه عن أئمتهم حسب ما ألقى إليهم سواء في صورة فتاوى أو في صورة قواعد ثم تولى غيرهم

(١) المرجع السابق ص ٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق نقل عن كتاب طريقة التدوين ومصادر القانون الخاص د الأستاذ

فرنسوا جيني .



الشرح أو الاختصار فالزموا بما كان من قبل في هذا التدوين<sup>(١)</sup> وقد كان  
الفقه الإسلامي في مجموعة إجابة لمسائل عديدة حدثت أو كان من الممكن أن  
تحدث ، وأريد به بيان الحل الصحيح وليس استعراض النظريات أو التواعد  
دون صلة بما كان من حاجات المجتمع الذي يعيشون فيه، ولم يكن الفقهاء أو من  
دونوا لهم عاجزين عن وضع النظريات والتأليف في السكليات ، وحسب الإمام  
الشافعي أنه أول من دون في علم أصول الفقه وهو علم من السكليات تضبط به  
مصادر التشريع ومقاصد الشارع .

وأكثر من هذا دليلا على ما تقدم أن مصادر التشريع الإسلامي عدا  
النصوص والاجماع قد بنيت كلها على ما تنبه إليه الفقه الإسلامي منذ نشأته من  
أن النصوص تنهاى والمواثيق لا تتلغى .

### المصطلحات الفقهية :

وأما من ناحية المصطلحات الفقهية فإن الحاجة لم تكن ألحّت في عهد  
الصحابية والتابعين إلى وضع المصطلحات وتعديدها ولم يكن الفقه في ذلك العهد  
افتراضيا بل كان فقها عمليا لم تكن به حاجة إلى استعمال مصطلحات خاصة  
أو ألفاظ معينة للدلالة على الأحكام، فقد سأل رجل عثمان بن عفان رضى الله  
عنه عن الجمع بين الأخنين في ملك اليمين فقال عثمان « أسطهما آية وحرمتها آية  
أما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك » فخرج من عنده فوجد رجلا قيل أنه على بن  
أبي طالب فسأله في ذلك فقال : لو كان لى من الأمر شيء ثم وجدت أحدا أفضل

---

(١) وذلك واضح وظاهر في أمهات كتب الفقه في النواصب المختلفة وقد بالغ بعض  
الآخرين من فقهاء النواصب في الاختصار لنقل أو الصلابة المثل - راجع مذكرات  
الأستاذ الشيخ فرج الشهورى في تاريخ الفقه الإسلامى للدراسات العليا سنة ١٩٥٨  
ص ٦٣ - ٦٤ - ٦٥ - ٦٦ - ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ - ٧٠ - ٧١ - ٧٢ - ٧٣ - ٧٤ - ٧٥ - ٧٦ - ٧٧ - ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - ٨١ - ٨٢ - ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ - ٨٦ - ٨٧ - ٨٨ - ٨٩ - ٩٠ - ٩١ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٤ - ٩٥ - ٩٦ - ٩٧ - ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠ - ١٠١ - ١٠٢ - ١٠٣ - ١٠٤ - ١٠٥ - ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨ - ١٠٩ - ١١٠ - ١١١ - ١١٢ - ١١٣ - ١١٤ - ١١٥ - ١١٦ - ١١٧ - ١١٨ - ١١٩ - ١٢٠ - ١٢١ - ١٢٢ - ١٢٣ - ١٢٤ - ١٢٥ - ١٢٦ - ١٢٧ - ١٢٨ - ١٢٩ - ١٣٠ - ١٣١ - ١٣٢ - ١٣٣ - ١٣٤ - ١٣٥ - ١٣٦ - ١٣٧ - ١٣٨ - ١٣٩ - ١٤٠ - ١٤١ - ١٤٢ - ١٤٣ - ١٤٤ - ١٤٥ - ١٤٦ - ١٤٧ - ١٤٨ - ١٤٩ - ١٥٠ - ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣ - ١٥٤ - ١٥٥ - ١٥٦ - ١٥٧ - ١٥٨ - ١٥٩ - ١٦٠ - ١٦١ - ١٦٢ - ١٦٣ - ١٦٤ - ١٦٥ - ١٦٦ - ١٦٧ - ١٦٨ - ١٦٩ - ١٧٠ - ١٧١ - ١٧٢ - ١٧٣ - ١٧٤ - ١٧٥ - ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٤ - ١٨٥ - ١٨٦ - ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٠٧ - ٢٠٨ - ٢٠٩ - ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣ - ٢١٤ - ٢١٥ - ٢١٦ - ٢١٧ - ٢١٨ - ٢١٩ - ٢٢٠ - ٢٢١ - ٢٢٢ - ٢٢٣ - ٢٢٤ - ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ - ٢٢٩ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٢ - ٢٣٣ - ٢٣٤ - ٢٣٥ - ٢٣٦ - ٢٣٧ - ٢٣٨ - ٢٣٩ - ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - ٢٤٤ - ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٤٨ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٥٤ - ٢٥٥ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٣ - ٢٦٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٠ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٢٧٣ - ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - ٢٧٧ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١ - ٢٨٢ - ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣٧٣ - ١٣٧٤ - ١٣٧٥ - ١٣٧٦ - ١٣٧٧ - ١٣٧٨ - ١٣٧٩ - ١٣٨٠ - ١٣٨١ - ١٣٨٢ - ١٣٨٣ - ١٣٨٤ - ١٣٨٥ - ١٣٨٦ - ١٣٨٧ - ١٣٨٨ - ١٣٨٩ - ١٣٩٠ - ١٣٩١ - ١٣٩٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤ - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧ - ١٣٩٨ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠ - ١٤٠١ - ١٤٠٢ - ١٤٠٣ - ١٤٠٤ - ١٤٠٥ - ١٤٠٦ - ١٤٠٧ - ١٤٠٨ - ١٤٠٩ - ١٤١٠ - ١٤١١ - ١٤١٢ - ١٤١٣ - ١٤١٤ - ١٤١٥ - ١٤١٦ - ١٤١٧ - ١٤١٨ - ١٤١٩ - ١٤٢٠ - ١٤٢١ - ١٤٢٢ - ١٤٢٣ - ١٤٢٤ - ١٤٢٥ - ١٤٢٦ - ١٤٢٧ - ١٤٢٨ -

ذلك لجماعته نكالا<sup>(١)</sup> وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن المرأة واقتها في حكم اليمين « لا أحب » ونهى عن ذلك .

وفي عصر نشأة الفقه وازدهاره لم تكن آراء الفقهاء من حيث حكمهم فيها متفق تماما مع اللفظ الذي يقرنون به الحكم ، ولعل حالة المجمع المسلم إذ ذاك وحرصه على معرفة حكم الله ورغبة المكلف في البعد عن الشبهات فيما يحرم عليه ، كانت تدع ضرورة وضع مصطلح يحكمه ، وكثيرا ما استعمل الامام الشافعي كلمتي يجوز أو لا يجوز وكلمتي لا بأس أو لا خير فيه ، وقد يقصد بذلك الجواز شرعا وعدم الجواز ، والامام ابن حنبل فيما نقل عنه قال : « يكره أن يتوضأ في آنية الذهب » ومنعبه عدم الجواز وقال « إذا كان أكثر مال الرجل حراما فلا يعجنى أكله » وكان الامام مالك يذكر أنه لا ينبغي لأحد أن يتتاع ساعة من آخر بعشرة دنانير فهذا إلى أجل ويريد بقوله لا ينبغي أنه لا يجوز ، ويقول الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه بعض دينه ويسجل المطلوب<sup>(٢)</sup> وكان الفقهاء يمهرون عن معنى الالتزام بانظ الحق ذلك أن لفظ الحق يشمل في الواقع جميع الحقوق المالية وغير المالية ويتناول جميع أنواع الحقوق ، كما كانوا يستعملون لفظ الواجب والوجوب للالتزام من ناحيته السالبة ، وقد تسلم الفقهاء في حوالة الدين من امتثال الواجب من ذمة إلى أخرى<sup>(٣)</sup> .

(١) محمد يوسف موسى عاشر كتاب الفقه الاسلامي طبعة سنة ١٩٥٥ م ١٠٤ — ١٠٥

(٢) المرجع السابق ص ١٥٦ — ١٥٧ .

(٣) شفيق شعاع — النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ١٨٧ — ١٨٩

### فقه المعاملات والمعاملات :

على أن صياغة الفقه الاسلامى فى تشريع المعاملات تختلف عن الصياغة فى تشريع المعاملات من ناحيتين أولاها أن الصياغة فى تشريع المعاملات أكثر اعتقادا على رأى وتقدير الحاجات العملية وأحوال الناس وأعرافهم وعاداتهم فى المعاملات، وإن كانت أسسه ومصادره دينية إلا أنه لا يكاد يختلف فى قواعده وقصراته عن أى تشريع مدنى فى المعاملات إلا فى مسائل معينة قليلة نسبيا تحكم الربا وعدم اعتبار بعض الأشياء المحرمة من حيث السالية، بخلاف التشريع فى المعاملات فإن صياغته أكثر ميلا إلى الشكلية والتعقيد بالألفاظ الواردة فى مواضعها مما جعل بعض المسائل فى كتب الفقه فى المعاملات تفرق فى التحليل وافترض الفروض البعيدة أو التضميلات المعقدة، ويرجع ذلك إلى أن المعاملات لا مجال فيها للأخذ بالرأى أو الفطر العقل وأنها لأهميتها النافذة فإن الفقه كان يجرى مجراها بضميل لأحكامها قد لا يكون مناسباً فى أبواب المعاملات، ولذلك فإن الفقه الإسلامى فى أبواب المعاملات أقرب إلى الشكلية بينما يحرر من ذلك فى أبواب المعاملات . ثانياً : أن صياغة الفقه الإسلامى فى تشريع المعاملات تحمل قدراً كبيراً من الرونة فى التفكير القانونى ، وهذه كلفة حق ، فالتشريع الإسلامى فى المعاملات وقفه هذا التشريع يحمل فى ثناياه جميع اتجاهات التشريع فى القانون المدنى للماصر ، فإذا نظرنا إلى التشريع المدنى للمصرى وهو حتى سنة ١٩٤٩م لم يكن مستمداً من الفقه الإسلامى إلا نادراً نجد أن هذا التشريع قد مر بمراحل ثلاثة ، فى المرحلة الأولى سيطرت عليه عوامل الاقتباس والتقليد إذ اقتبس التشريع المدنى المصرى من التشريع الفرنسى أساساً ، ثم المرحلة الثانية عند وضع القانون المدنى الحالى ولم يستمد فيه المشرع

على القانون الفرنسى أساساً بل على القانون المقارن وعلى فقه الشريعة الإسلامية  
فى بعض الأحكام كتبعية الملاك فكانت عوامل العلم والصياغة هى التى  
سيطرت على هذه المرحلة<sup>(١)</sup>.

والمرحلة الناجمة هى التى سيطرت فيها العوامل السياسية والاقتصادية  
فى التشريع ضد الثورة المصرية سنة ١٩٥٢ .

ولقد كان الاتجاه الأساسى للتشريع المدنى فى المقدم وهو أبواب المعاملات  
جميعاً تسيطر عليه فكرة سلطان الإرادة ، ولم يكن يحيد هذا المبدأ تقريباً سوى  
فكرة النظام العام وحسن الآداب وكان البعض رغم ذلك يحاول تضيق مجال  
النظام العام وحسن الآداب إلى حد حصر حالاتها ، فكان الذين لا يعتد به بين  
ذوى الأهلية إلا ما استثنى بعض خاص ، وكان التعاقب متروكاً للمتعاذرين فكل  
منها يقع عليه حماية مصالحته ولا شأن للشرع بما يصلان إليه ولم يكن الشرع  
يسبغاً بتحقيق المساواة الاقتصادية إلا فى الأحوال النادرة كوضع حد أعلى لسعر  
التأئدة أو وضع القواعد التى تسكفل حماية المدين عند التنفيذ على أمواله ،  
ولقد بالغ الشرع فى التحنين المدنى المصرى القديم فى حماية الدائن فكانت الأحكام  
التي قررها فى شأن عقد الإيجار للأشخاص مثلاً لا تسكفد تحرم على صاحب  
العمل شيئاً سوى الإيجار المؤبد وفى شأن إيجار الأطيان الزراعية لم تسكن الأجرة  
محددة ولم يربطها الشرع بمقد أقصى أو بمدة معينة .

فإذا نظرنا إلى عيوب هذه الصياغة ، والتى لجأ الشرع فى المرحلة الثالثة من

---

(١) انظر مقالاً للأستاذ وديم فرج فى الاتجاهات الأساسية للتشريع المدنى فى الخمسين

سنة الأخيرة « منشور فى مجلته العبد الخمسين للجمعية المصرية للاقتصاد والتشريع ص ٦١٩  
وما بعدها .

تطور التشريع المدني إلى علاجها بتشريعات جزئية فيما يتعلق بمقود العمل وعقود  
إيجار الأراضي الزراعية وإيجار الأماكن ، وجدنا أن الفقه الاسلامى يحمل حقا  
كل انجاء من اتجاهات التشريع الجديدة ، الأمر الذى يؤكد مرونة الفقه  
الاسلامى وقابليته للاستمداد منه فى المراحل الأكثر تقدما للقانون المدنى<sup>(١)</sup>  
ذلك أن الفقه الاسلامى يعرف التوازن فى مضمون العقد عن طريق أحكامه  
فى الربا وعقود الغرر والشروط العقدية فكل ذلك يتجه كما سنرى فى صلب  
البحث إلى تحقيق التوازن فى مضمون العقد ، فبدأ سلطان الارادة فى الفقه الاسلامى  
لا يمكن أن يستغلل طرف من أطراف العقد للآخر سواء كان  
الدين أو الدائن ، ذلك أنه إذا كان ميدن التماقد متروكا للمتعاقدين فى القانون  
المدنى ولا يكاد الشارع يحفل بصعق التوازن فى مضمون العقد ، فإن الفقه  
الاسلامى يأبى ذلك النظر الذى يؤدى إلى إيقاع الظلم بطرف من أطراف العقد  
تحت ستار الصياغة القانونية المجردة .

ويعرف الفقه الاسلامى فى جماعته مبدأ الاكراه على التماقد فى حالات  
الضرورة ، وهى الحالة التى يرى فيها المشرع أن ترك الشخص حراً فى التماقد  
أو عدم التماقد يحل بمدالة التوزيع فى ساحة معينة فيضارب على الامتناع عن  
البيع مثلا أو يفرض البيع بنظام معين على من ينتج السلعة كما فى الرسوم  
بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الذى يضاف على الامتناع عن البيع لسلعة مسخرة أو  
القرار الوزارى رقم ١٣٩ لسنة ٤٦ بتوريد محصول القمح إلى الحكومة .

---

(١) يراجع مدى سلطة ولى الأمر فى التشريع لتنظيم الاقتصادى فى بحث الإجابة عنه  
الأصوليين والفقهاء للأستاذ سلام المذكور ص ٣٥٥ - ٣٨٦ - كما يكشف عن تقدم تنظيم  
المعاملات فى ذلك الفقه .

فقد اشترى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرضاً لتوسيع المسجد النبوى ووضع ثمنها فى بيت المال عندما رفض أصحابها بيعها ، ولم يحل حون ذلك أنه « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه » ، فإن الصياغة فى أبواب الماملات كما سبق أن بينا ليست شكلية إلى الحد الذى يحل فيه قاعدة مجردة بمصلحة عامة<sup>(١)</sup> .

يقول ابن قيم الجوزية : قال شيخنا « وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يبيع عليهم بيعة فهذا يؤمرون بالواجب ويساقبون على تركه وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بضمن المثل فامتنع<sup>(٢)</sup> » فيكون الأصل بذلك أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بضمن المثل لا بما يزيد عن الثمن ، ويقول « ولو اضطر إلى طمأته وشرا به فبفسه عنه حتى مات جوعاً وهطاشاً ضمه بالدية عند الامام أحد واحتج بفعل عمر بن الخطاب وقيل له تذهب إليه فقال أى والله<sup>(٣)</sup> .

فإنما هات التشرع الدنى المعاصر تجد لما صدق فى الفقه الاسلامى وإنما اخترنا ضرب الأمثلة من فقهاء المذهب الحنفى لأن هذا المذهب فيه توسعة من ناحية فقه الماملات بالذات ويظهر ذلك على وجه الخصوص فى نظرية الشروط العقيدية كما سنوضح فيما بعد .

---

(١) وقد فضل عثمان بن عفان رضى الله عنه ذلك عندما وسع المسجد مرة أخرى فتصاح عليه الناس فقال لهم إنما جرائكم على حلى وقد فضل بكم عمر مثل ذلك فلم تصيحوا عليه تراجع نظرية الإباحة للدكتور سلام مذكور ص ٣٤٣ .

(١) الطرق الحسكية فى السياسة الشرعية ص ٣٠٣ .

(٣) المربع السابق ص ٢٨٥ .

فالاتجاه إلى تحقيق التوازن في مضمون العقد من الناحية الاقتصادية اتجاه حديث في الشرائع دعى إليه نمو العلاقات الاقتصادية وعظم أثرها في حياة الناس بحيث لا يرى المشرع بدءاً من التدخل في سبر هذه العلاقات تحقيقاً لايجاد نوع من التوازن فيما بين أطرافها من الناحية الاقتصادية ولا يترك الشارع الأمر فيها لجرد استيفاء الشكل القانوني بصحقي الرضا وسلامة الإرادة من العيوب، وقد لجأ الشارع المدني كما ذكرنا من قبل إلى تحديد بعض عناصر العقد كالاجرة في عقد الأيجار كما لجأ إلى إلزام طرف من أطراف العقد بالبيع في بعض الحالات بما يحمله ذلك من إكراه على الصاقد وسيلته العقاب على الامتناع عن البيع ، وهذه الاتجاهات في التشريع المدني تجد لها أصلاً قوياً في الفقه الاسلامي مع أنها اتجاهات حديثة في التشريع المدني وهي في ذاتها وليدة التطور والنمو الاقتصادي والاجتماعي .

ومن المظاهر التي تبيّن على الرضا أن القانون المدني المصري لم ينفرد وحده بالأخذ من الشريعة الاسلامية والاشادة بفضلها عند إعدام مشروع القانون<sup>(١)</sup> بل اتجهت معظم البلاد العربية عند وضع قوانينها إلى الأخذ بالكثير من أحكام الشريعة الاسلامية في قوانينها المدنية، ولا غرابة في ذلك فإن هذه البلاد يحكمها الاسلام قبل أن تحمها العروبة . قد ورد في لائحة القانون المدني العراقي الصادر سنة ١٩٥١ أنه « قد رؤى أن يكون المشروع مماثلاً لما يفيى أن يكون عليه القانون المدني في البلاد العربية فجعل مزاجاً متآلفاً يجمع بين قواعد نقلت من الشريعة الاسلامية وقواعد نقلت من التصديقات العربية »

(١) الأعمال التشريعية لقانون المدني ج ١ ص ١٣١ ، ١٣٢ .

كما نص الدستور السوري الصادر سنة ١٩٥٠ في المادة الثانية منه على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع ، وعلى هذا الحكم أيضاً نص الدستور الكويتي في مادته الثانية ، وجعل القانون الليبي في المادة الأولى من المجموعة المدنية للشرعة الإسلامية مصدراً يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصاً في القانون ، وهو الحكم المقرر في القانون للدنى المصرى إذا لم يجد القاضى نصاً في القانون أو عرفاً سائداً وذلك قبل أن يلجأ إلى استمداد حكمه من قواعد العدالة ، وبذلك يكون الفقه الإسلامى مصدراً من مصادر القانون المصرى وهو في المرحلة الثانية ( بعد التشريع ) في مسائل الأحوال الشخصية وفي المرحلة الثالثة ( بعد التشريع والعرف ) في المعاملات المالية<sup>(١)</sup> .

### مفهوم البحث عن نظرية السبب :

ونظرية السبب في الفقه الإسلامى هى مجال البحث الحقيقى عن هدف الشارع من وتشريع العقد ، فإن نظرية السبب في القانون على أى وجه فيها ، وفى أى مرحلة من مراحلها لا يظهر لها بنص النظر عن كون السبب عنصراً فنياً في تكوين العقد ، سوى غايته أو لأمّا أنه عن طريق فكرة السبب في العقد أو الالتزام يتحقق المدخل بين أطراف العلاقة التعاقدية وتأتيها أنه عن طريق الفكرة نفسها يدخل الشارع لحاسبة أطراف العلاقة التعاقدية عن غايتهم بحيث لا تخل غاية الفرد أو المتعاقدين بمصلحة عامة .

وقد ظن البعض ممن ألتوا في الفقه الإسلامى أنه في الإمكان الأخذ في التشريع للدنى بنظريات عديدة كنظرية عيوب الرضا ونظرية السبب ونظرية

---

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور البدرأوى ص ٣٤١ ط بيروت سنة ١٩٦٦ .



القنصخ كما هي معروفة في القانون مع نسبتها إلى مذاهب في الفقه الإسلامي تتعارض معها أحيانا ، غير أنه من البديهي كما يقول أحد أعلام القانون في مصر أن الشريعة الإسلامية لا تتخذ عن طريق أن ينسب إليها ما ليس فيها بل عن طريق دراستها بأمانة علمية إذ لا يبيها أنها لا تطاوع في بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الوضعي من نظريات معروفة<sup>(١)</sup> ولكن يبيها عند الدراسة أن تسمح أحكامها أو تحمل صياغتها على تشريع آخر .

وقد اتخذنا ذلك القول في الواقع طريقا للبحث في الفقه الإسلامي فإن محاولة تشبيهه دائما بنظريات القانون الوضعي في نظرنا تحمل خطرين :

أولها : الظن بأن القانون الوضعي أصل في التفكير القانوني يقاس عليه ويتشبه به ، وأن الشريعة الإسلامية يجب أن تلتحق بالقانون الوضعي ، وهذا الظن فيه ظلم بين فقه الإسلام إذ هو في كثير من مسأله وقواعده قد سبق القانون الوضعي بتقرير بعض نظريات عامة كبدا الرضائية ، ببيعة قرون ، كما أن الشرائع عند مقارنتها لا يكتفى بيمدها أو قرنها من نظام معين في الشرائع بل بقدرتها على تحقيق المصلحة والتطور مع الزمن ، والواقع أن بعض المؤلفين يحاول جاهدا أن ينسب مذهباً معيناً أو نظرة معينة في الفقه الإسلامي لأقرب نظام يشبهها في القانون ، ومثال ذلك ما يراه البعض من أن علماء أصول الفقه قد بحثوا نظرية السبب في الأصول وبحثها الفقهاء في التروع<sup>(٢)</sup> .

وثانيها : أن ذلك المسلك يفقد الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كثيراً

(١) الوسيط للسنهوري ج ٦ ص ٦١ طبعة سنة ١٩٦٤ .

(٢) النظرية العامة للوجبات في الشريعة الإسلامية لمسبحي الحمصاني ج ٢ ص ٨٩ .

من الابتداع في التفكير القانوني فإذا كان قصارى جهد نظام قانوني معين أن يلحق بشرعية أخرى وينتسب إليها فقد حكم على نفسه بالتأخر والزوال .

وقد بحث الكثيرون نظرية السبب في القانون الوضعي فهي من النظريات الرئيسية فيه ، ولها في القانون شأن ولها في الفقه مكان وقد جرى عليها منذ نشأتها إلى الوقت الحاضر تطور جعل فيها نزعتين رئيسيتين في الفقه اللاتيني . كما أنها في بعض الشرائع الأخرى تؤدي وظيفة في العقد أيا كانت هذه الوظيفة وأيا كان الرأي فيها .

ولا نزعم أن نظرية السبب في الفقه الإسلامي قامت كنظرية عامة في أي وقت في ذلك الفقه . فالفقه الإسلامي كما هو مسلمٌ عن يكتيون فيه قد أهتم بالفروع والمسائل أكثر مما أهتم بتقرير النظريات ، وليس ذلك مما يميمه إذ مدامت النظريات هدفها خدمة الفروع والمسائل فقد جعل علماء أصول الفقه ضابطاً في ذلك هو علم أصول الفقه ، وهو مما لا نظير له في شريعة أخرى .

لذلك فإننا في البحث درجنا على منهج نطله وافياً بالعرض وموصلاً للنتيجة التي تحقق مع صياغة الفقه الإسلامي ، وهي كما ذكرنا من قبل — تختلف تماماً عما عداها .

فاطرحنا في بحث فكرة السبب في الفقه الإسلامي التعلق بلفظ السبب نفسه واتجهنا إلى الفكرة التي يمثلها عنصر السبب في العقد وإلى الوظيفة التي يقوم بها فيه دون أن نعلق على لفظ السبب تلك الأهمية الكبرى التي جعلت بعض المؤلفين يصرحون بأن الفقه الإسلامي يقوم فيه نظرية كاملة للسبب . إذ أن بعض الشرائع كالتقانون الإنجليزي لا يستعمل لفظ السبب بل لفظ الاعتبار ومع ذلك فإن الاعتبار يمثل في بناء العقد وفي وظيفته ما يمثل السبب في الشرائع اللاتينية .

وجعلت البحث عن مفهوم في الفقه الاسلامي يؤدي دور السبب في بناء السند ويقوم بوظيفته سواء كانت تحقيق التوازن في مضمون العقد أو تحقيق صالح الجماعة بالنسبة للعقد هو الهدف ، ولم أتقيد في هذا للفهم بانقض السبب . بل رأيت أن الفقه الاسلامي في مجموعه وبوضوح كبير يصعد عن المماوضة أو المباداة في العقود للزمة للجانبين بل إن بعض الفقهاء يرى في البيع أنه مباداة مال بمال ويحترز من اشتراط الرضا .

وثمة أمر آخر راعيناه في البحث عن سبب الالتزام في الفقه الاسلامي ، وهذا الأمر هو الجزاء على تخلف ما نبهت عنه . فإذا تبيناه ثم نظرنا جزاء تخلفه ، وجدنا أن معظم أسباب الفساد في العقود ترجع إلى المماوضة إذ هي جوهر العقد للزمت للجانبين ، وليس الربا والشرط التامد والغرر والعلّة في النهي عن بعض العقود إلا تنظيما من الشارع للمماوضة وهي المباداة كما يراها الشارع محقة للعدل والمصلحة وليس من شك أن من أسباب فساد العقود ما يرجع إلى الرضا وإلى الحل وإلى الماقدين غير أن ذلك كما هو بيّن لا يحتاج إلى تناوله في بحثنا إذ المماوضة ، أو المباداة يجب أن تكون عن رضا وأن يكون البدلان مما أباح الشارع الانتفاع به والتعامل فيه ، ويبقى بعد ذلك للمماوضة ما يفسدها إذا لم يراع فيها ما يتطلبه الشارع حتى تصير عملية المباداة ممانوعة بمتغيرها الشارع .

وقد كانت الطريقة التي اخترناها هي قراءة ما ورد في كتب الفقه في المذاهب المختلفة من العقود وشروطها وما يفسدها ، ونس ما يفسد المماوضة بالقات وأثره ، ولم نشأ أن ننقل عن نصوص الفقه الاسلامي إلا ما يصرح به وما يحصل بالوضوح لأننا بصدد البحث عن قاعدة عامة نلصقها في النصوص المتفرقة ويكون المجهود كله في أعمال العقل بعد استكمال النقل .

ولم يقتنا أن نبعث فكرة تصعد لفتكاً ، وإن اختلفت معنى . مع ما نبهته  
وهى السبب في علم أصول الفقه . حتى نرى ما يمكن أن تعطيه هذه الفكرة  
للموضوع الذى نبهته كما راعينا أن نناقش ماسبق به آخرون من بحث السبب  
في الالتزام في الفقه الإسلامى . فقد بحث قضاء الشريعة البواعث وأثرها في  
القيود بحثاً مستفيضاً وأجبه الآخرون من القانونيين إلى بحث فكرة عامة للسبب  
في الفقه الإسلامى <sup>(١)</sup> .

---

(١) وقد ذهب الأستاذ الدكتور هقيق شعاعه في كتابه النظرية العامة للالتزامات في  
الشريعة الإسلامية إلى اعتبار « المباحة » سبباً للالتزام في الفقه الإسلامى ، وقد كان ذلك  
الانتهاء في البحث بدأ فضلاً عن تحريره للفكرة من التقييد بالنظر السبب جرياً على صياغة  
النظرية في القانون .

القسم الأول  
تحرير السبب والالتزام في الفقه الإسلامي



## الباب الأول

### السبب عند الأصوليين والفقهاء

تقسيم :

رأينا في الباب الأول من هذا القسم أن نعرض لفكرة السبب عند الأصوليين والفقهاء ، ولا جدال عندنا أن السبب عند الأصوليين يختلف عن السبب الذى نبعته وهو سبب الالتزام غير أننا رأينا أن نعرض له - لبيان وجه الخلاف بينهما - ولأن بعض الباحثين قد ذكر أن علماء أصول الفقه قد بحثوا نظرية السبب بصورة علمية في أصول الفقه وبصورة عملية في الفروع ، ولا يصدق هذا القول في الشق الأول منه ، لأن السبب الذى بحثه علماء أصول الفقه لاصلة له بسبب الالتزام . وأما في الشق الثانى فإن الفقهاء قد عرضوا للمناقشة في المقود وفصلوا القول فيما يؤدي بها إلى الفساد وسوف نتخذ ذلك أساساً للبحث عن سبب الالتزام في الفقه الاسلامى .

وبذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين الأول تتكلم فيه عن السبب في أصول الفقه .

وفي الثانى نتعرف على السبب في الفقه ( في الفروع ) .





## الفصل الأول السبب في أصول الفقه الإسلامي

### السبب وتعريفه وأقسامه :

السبب لفظاً هو الجبل والقرية وما يوصل به إلى غيره ، وحده ما يحصل الشيء عنده لابه ، وذكر النزال أن الفقهاء أطلقوا اللفظ على أربعة أوجه أولها وهو أقربها إلى المستفاد منه ما يطلق في مقابلة المباشرة كخافر البئر مع الرمدى فيه <sup>(١)</sup> . والثاني سبب اللة أو على التصديق حلة اللة كالرمي بالنسبة لقتل مثلاً . والثالث ذات اللة مع تخلف ومنها ويريدون بهذا السبب ما يحسن إضافة الحكم إليه ويقابلون هذا بالحلل والشرط فيكون ملك النصاب في الزكاة سبباً والحول شرطاً . والرابع الموجب فيكون السبب بمعنى العلية ، واستحسن النزال بالنسبة للوجه الرابع وهو بمعنى ما يحصل الحكم به ، ذلك الإطلاق بالنسبة لأمال الشرعية لأنها في معنى العلامات المظهرة فنشابه ما يحصل الحكم عنده . وأورد الشوكاني في إرشاد الفحول <sup>(٢)</sup> في تعريف السبب أنه « جبل وصف ظاهر مضبوط منوطاً لوجود حكم أى يستلزم وجوده وجوده » وهو كما في السرقة جعلها سبباً لوجوب الحد لأن السرقة لا توجد الحد بذاتها بل بحمل الشارع وينقسم السبب بالاستقراء إلى الوقفية كزوال الشمس لوجوب الصلاة مثلاً ، والعلية كالاسكار للصبر والمعاد بالوصف

(١) المستصحب للنزال ج ١ ص ٩٤ ، وإذا اجتمع المباشر والسبب أضيف الحكم إلى المباشر الأشياء والتفائر السيوطي ص ١٤٥ ط مطبوع محمد .

(٢) إرشاد الفحول — ٦ .

للضبط للمنى الجلد القى لا يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص فالفرق بين  
الحكمة والسبب هو الانضباط وعدمه ، وجاء في منهاج الأصول أن الحكم  
إما سبب أو مسبب كجمل الزنا سبباً لا يجنب الجلد على الزانى . فإن أريد بالسببية  
الإعلام فحق وتسميتها حكماً بحث لفظي وإن أريد بها التأثير فباطل لأن الحادث  
لا يؤثر في القديم ، ولأنه مبنى على أن الفعل جهات توجب الحسن والقبح وهو  
باطل وأشار الإسفوي في شرح للنهاج إلى الخلاف في نسبة تقسيم الحكم إلى  
سبب ومسبب فقد نقل عن الأشاعرة كما في شرح المحصول ، ونقله آخرون  
عن المعتزلة وهو أقرب إليهم من حيث نظرهم إلى الأفعال وإدراك العقل لما  
فيها من حسن وقبح <sup>(١)</sup> .

وقد عرف أبو البقاء الحسيني الكوفي (الحنفي) السبب بأنه « ما يكون  
وجود الشيء موقوفاً عليه كالصلاة إذ هي موقوفة على الوقت » كما عرف  
الشرط بأنه ما يتوقف وجود الشيء عليه كالوضوء للصلاة <sup>(٢)</sup> ، وقيل السبب  
ما يلزم من عدمه العدم ومن وجوده الوجود بالنظر إلى ذاته كالأزوال مثلاً  
فإن الشرع قد وضع سبباً لوجود الظاهر والسبب التام هو القى يوجد للسبب  
بوجوده .

والسبب يفضى إلى الحكم بوسائط ولذلك يترأى الحكم عنه حتى تتوفر  
الوسائط وتتقضى الواضع ، أما العلة فلا يترأى الحكم عنها إذ لا شرط بها بل متى  
وجبت أوجبت مآولها بالاتفاق ، وجاء في التوضيح « والسبب اصطلاحاً  
ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير <sup>(٣)</sup> » . وقد جرت العادة بأن يذكر

(١) نهاية المول ج ١ ص ٨٩ — ٩٢ طبع سنة ١٣٤٣ هـ .

(٢) الكليات لأبي البقاء — طبع بولاق ص ٢٠٥ .

(٣) شرح الطلوع ج ٣ ص ١٢٧ .

في هذا المقام ما يطلق عليه اسم السبب حقيقة أو مجازاً ويمتد في تعدد الأقسام  
اختلاف الجهات والاعتبارات، وإن آتت الأقسام بحسب الآراء وقد  
ذهب نغراسم إلى أن أقسام السبب أربعة سبب محض كدلالة السارق وسبب  
في معنى العلة كسوق الدابة لما يتلف بها وسبب مجازي كاليمين وسبب له شبهة  
العلة كالطلاق المعلق بالشروط<sup>(١)</sup> والسبب إما أن تضاف إليه العلة أو لا فالسبب  
القبي في معنى العلة كسوق الدابة فإنه لم يوضع للتلف ولم يؤثر فيه وإنما هو  
طريق للوصول إليه والعلة هي وطء الدابة للشخص أو الشيء القبي يتلف وهو  
مضاف إلى السوق وحادث به فيكون له حكم العلة وكذلك الشهادة بوجوب  
القصاص فإنها لم توضع له ولم تؤثر فيه وإنما هي طريق إليه، والعلة ما توسط من  
فعل الفاعل المختار القبي هو للباشر القتل، إلا أنه سبب في معنى العلة لأن  
مباشرة القتل مضافة إلى الشهادة حادثة بها (من جهة أنه ليس لولي استيفاء  
القصاص قبل الشهادة)، وأما في السبب الحقيقي فإنه يتوسط بينه وبين الحكم  
علة هي فعل اختياري غير مضاف إلى السبب كفعل السارق في السرقة (بين  
الدلالة على اللال وبين سرقة) وجاء في التوضيح «أنه لا كلام في أن شارع  
الشرائع هو الله تعالى وحده وأنه للفرد يلزم الأحكام إلا أننا نضيف ذلك  
إلى ما هو سبب في الظاهر بحمل الله تعالى وتحمل الأسباب مترتبة عليها تيسيراً  
وتسهيلاً على العباد ليتوصلوا بذلك إلى معرفة الأحكام بمعرفة الأسباب الظاهرة  
على أنها أمارات وعلامات لا مؤثرات، وبمض ذلك قد ثبت بالنص والاجماع  
كالبيع للملك والقتل للقصاص والزنا للعقد إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>» فسبب شرعية

(١) شرح الطوط على التوضيح — شرح من التقيع ج ٢ ص ١٤١ .

(٢) للرجع السابق ص ١٤٤ .

للمعاملات كالبيع والنكاح ونحو ذلك هو إرادة الله تعالى بقاء العالم إلى حين  
علمه وزمان قدره<sup>(١)</sup>.

ويقول الآمدى فى الأحكام « أن السبب هو كل وصف ظاهر منضبط  
دل الدليل الشرعى على كونه معرقاً لحكم شرعى » وهو ينقسم إلى ما لا يستلزم  
فى ترفيعه للحكم حكمة باعته عليه كيجل زوال الشمس أمانة معرفة لوجوب  
الصلاة فى قوله تعالى : ( أَقِمِ الصَّلَاةَ لِمُلُوكِ الشَّمْسِ ) وفى قوله عليه الصلاة  
والسلام : ( إِذَا زَالَتْ الشَّمْسُ فَصَلُّوا ) ويجل طلوع الهلال إمانة على  
وجوب صوم رمضان بقوله تعالى : ( فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ )  
وقوله صلى الله عليه وسلم : ( صُومُوا الرُّيُوتَ وَأَفْطَرُوا الرُّيُوتَ ) والقسم الثانى  
ما يستلزم حكمة باعته للشرع على شرع الحكم للسبب كالشدّة الطرية للمعرفة  
لتحريم شرب التبيذ لا لتعريم شرب الخمر فى الأصل للقيس عليه فإن حكم  
الأصل معروف بالنص والاجماع لا بالشدّة الطرية ، ويقول الآمدى « فكل  
واقعة عرف الحكم فيها بالسبب لا بدليل آخر من الأدلة السميعة فله تعالى فيها  
حكما أحدهما الحكم المرفى بالسبب والآخر السببية المحكوم بها على الوصف  
للمرفى للحكم » وتعرف المكلفين على خطاب الشارع فى كل واقعة من الوقائع  
بعد انقطاع الوحى كاف — حذرا من تعطيل أكثر الوقائع عن الأحكام  
الشرعية والسبب معناه أنه معرف للحكم لا غير<sup>(٢)</sup>.

(١) الأحكام للآمدى ص ١٨١ طبعة مطبعة المطرف سنة ١٩١٤ .

(٢) الآمدى — الأحكام ص ١٨٣ — ١٨٤ والمعنى الاصطلاحي لسبب وهو أنه كل  
وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمي على كونه معرقاً لحكم شرعى يدل على أن السبب هو  
علامة على الحكم الفرعى من غير أن يكون له تأثير فيه على أن المعتره يقولون بأن السبب  
مؤثر فى الحكم بناته وذلك بما للتعليم فى الحسن والفتح العظيم — والتزالى على أن السبب  
مؤثر فى الحكم بإذن الله .

### اقتراح السبب بالسبب :

أما اقتران السبب بالسبب في الزمان فإن أزمة ثبوت الأحكام أربعة<sup>(١)</sup>  
فمن الأسباب ما يتقدم مسببه عليه ومنها ما يتأخر عنه ومنها ما يقارنه والرابع  
ما فيه خلاف . فالأسباب الفعلية مقارنة لسبباتها كحيازة الشيء المباح أو السلب  
في الجهاد للملك ( حيث يسوغ بإذن الإمام ، أو مطلقاً كراى الشافعى )  
وكشرب الخمر للعد ، وأما ما يتقدم مسببه فتأخر تلف المبيع قبل القبض  
بسبب تضرر الانفساخ لأن المدوم الصرف لا يقبل انقلابه الملك البائع .  
وأما ما يتأخر مسببه عليه ( أو ما تتأخر عنه أحكامه ) فتأخر بيع الخيار يتأخر  
فيه قل الملك إلى الامضاء على الصحيح وكالوصية يتأخر قلها للملك في الموصى  
به إلى ما بعد الموت وكذلك التسليم في البيع إلى أجل ، وأما النوع الرابع  
المختلف فيه فتأخر الأسباب القولية كالبيع مثلاً فهل تقع مسبباتها على آخر حرف  
منها وهو مذهب أبى الحسن الأشعري أو تقع عقيب آخر حرف منها وهو مذهب  
جماعة من الفقهاء<sup>(٢)</sup> وجاء في إدرار الشروق أن ذلك الخلاف لفظي ولا يثول

== والامس على أنه لا بد أن تكون هناك مناسبة بين السبب والمحكم ومثال ذلك الإسكار  
كسب لحرمة الخمر لأنه يقرب على الإسكار فساد العقل فكان مناسباً لحرمة ما وكذلك القتل  
كسب القصاص لأن القتل جناية خطيره تناسب أن يكون القصاص جزءاً لها حتى يحقق الأمن  
بين الناس وهناك أسباب ليس بينها وبين المحكم القرب عليها مناسبة ظاهرة ، وقول مناسبة  
ظاهرة لأن الإنسان لا يستطيع إدراك المناسبة بقله ولأن هذه الأسباب غالباً ما تكون  
في العبادات وهي أمر تبيدنا بها الله تعالى فهو وحده صاحب الأمر فيها إذ العبادات من  
حقوق الله — ومثال هذه الأسباب رؤية هلال شهر رمضان لصومه وزوال الشمس كسب  
لصلاة الظهر .

(١) الفروق للقرائى ج ٣ ص ٢٢٢ — الفرق ١٨٧ .

(٢) الفروق للقرائى — مطبعة إحياء الكتب العربية سنة ١٢٤٦ هـ ج ٢

الفرق ١٨٢ .

إلى طائل<sup>(١)</sup> .

ويظهر مما تقدم أن السبب هو واقعة أو أمر اعتباري يترتب عليه أثر من جهة الشارع ، وإذا كان السبب واقعة فقد يكون للكلف فيها نصيب كجمل السرقة سبباً لأحد فإن فعل السرقة للكلف فيه نصيب اكتسابه أما الأثر وهو وجوب الحد عليه فهو بإيجاب الشارع وليس المكلف فيه شيء ، وقد جعل بعض الأصوليين اللة والسبب مترادفين ، ولكن أكثرهم على غيره فنقدم أن كلاً من اللة والسبب علامة على الحكم وكلاهما مبنى الحكم عليه وربط به وجوداً وعندما وللشارع حكمة في ربط الحكم به وبأنه عليه ولكن إذا كانت المناسبة في هذا الربط مما تنكره عقولنا سمي الوصف علةً وسمى أيضاً السبب وإن كانت مما لا تنكره عقولنا سمي السبب فقط ولا يسمى اللة فكل علة سبب وليس كل سبب علة<sup>(٢)</sup> .

#### السبب والمكلف :

والمكلف ليس له إلا تعاطى الأسباب فحسب أما السببيات فهي من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للكلف<sup>(٣)</sup> لأنه إذا كان على المكلف تعاطى السببيات لم يكن ذلك في مقدوره ولكن تكليفاً بما لا يطلق وهو غير واقع<sup>(٤)</sup>

(١) المرجع السابق المذكور في المتن — مطبوع مع التفريق .

(٢) عبد الرهمن خلاف علم أصول الفقه ص ٧٣ ج ١ سنة ١٩٥٤ .

(٣) المواضع للشاطبي ج ١ ص ١٣٣ المسألة الثالثة — غير أن إيجاب السبب بمنزلة

إيجاب السبب ويصعب بذلك أن المسببات تصير إلى أسبابها عادة ص ١٤٨ — ١٤٩ .

(٤) المواضع للشاطبي ج ١ ص ١٩٠ — ١٩١ .

عندما يكتسب للكلف السبب أن يقصد إلى وقوع السبب فالمسببات راجعة إلى الحاكم السبب وليست راجعة إلى الكلف فإذا لم تكن راجعة إليه ففراعاته لما هو راجع إلى كسبه هو اللازم وهو السبب<sup>(١)</sup> وذلك لأن السبب غير فاعل بنفسه وإذا كان للكلف له أن يضاطى السبب أولاً يضاطاه فإن السبب أيضاً من خلق الله عز وجل قال تعالى : ( الله خلقكم وما تعملون ) ، وقال تعالى : ( الله خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل ) وقال تعالى : ( ونفس وما سواها فألمها فجورها وتقواها ) فإنه يظهر من ذلك أن قصد للكلف لا أهمية له في ترتب السبب على السبب سواء قصد الكلف إيقاع السبب على السبب أو لم يقصد إليه فليس لذلك أثر في ترتب الحكم على السبب<sup>(٢)</sup> .

### أنواع السبب:

والسبب على أنواع قد يكون سبباً لحكم تكليفي وذلك كالوقت فهو سبب لوجوب الصلاة كما في قوله تعالى : ( أقيم الصلاة لهؤلك الشئس ) وكشهود حلال رمضان جملة الشارع سبباً لصومه ، وقد يكون سبباً لحكم وضعي كإثبات ملك أو إزالته ، وذلك كالبيع فهو سبب لإثبات الملك في جانب المشتري وإزالته من جانب البائع ، وقد يكون السبب فضلاً مقلوداً للكلف كالسرقة تقع منه من حيث أنها سبب لوجوب الحد عليه

(١) للرج السابق ص ١٩٣ .

(٢) للرج السابق ص ١٩٤ - ١٩٥ ، ومع ذلك فلا يصح ترك الأسباب بمعنى التوكل ، لأن الأفضل ملابة الأسباب مع التوكل وذلك ما يوجب له القول والمقول ( الفرق ٢٥٩ ج ٤ الفروق ص ٢٤١ )

أو يعمه من حيث أنه سبب لإزالة ملكه عن المبيع، كما يكون السبب غير مقدور  
للكلف ومثال ذلك دخول الوقت لوجوب الصلاة فهو ليس في مقدور المكلف  
وكذلك قرابته للورث إذ يرث منه دون أن يكون له يد في القرابة، وفي  
الولاية يلى عليه غيره دون أن يكون للشخص يد في القرابة التي هي سبب الولاية،  
وإذا وجد السبب سواء كان من فعل المكلف أم لا وتوفرت شروطه وانضت  
موانعه ترتب عليه مسببه حتما سواء كان مسببه حكما تكليفيا كإقامة الصلاة  
أو حكما وضيا كإثبات ملك أو إزالته . إذ المسبب لا يضاف عن سببه  
شرعاً سواء قصد المكلف من مباشرة السبب ترتب المسبب عليه أم لا بل  
يترتب ولو قصد عدم ترتبه، ولا يتوقف ترتبه كما سبق أن ذكرنا على قصد  
المكلف فليس له أن يحمل الارتباط القوي ربط به الشارع المسببات بأسبابها  
بل على المكلف أن يمرى فقط تحت الأحكام الموضوعة ويقول الشاطبي رحمه  
الله « وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات » وأورد في كتاب  
الموافقات أسباب ذلك ، فالقلاء فاطعون بأن الأسباب لم تكن أسباباً من حيث  
هي موجودات فقط بل من حيث ينشأ عنها أمور آخر ، ولذلك لزم القصد من  
وضمها أسباباً القصد إلى ما ينشأ عنها من مسببات ، ومنها أن الأحكام الشرعية  
إنما شرعت لجلب المصالح أو دفع المفاسد وهي مسبباتها قطعاً فإذا كنا نعلم  
أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات لزم من القصد إلى الأسباب القصد  
إلى المسببات ، ومنها أن واضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهتها<sup>(١)</sup> .  
وإذا كان قصد المكلف مطابقاً لقصد الشارع كان ذلك قصداً صحيحاً  
يترتب عليه أثره القوي وضعه الشارع له ، أما إذا كان قصد المكلف على



خلاف قصد الشارع كان ذلك لنوع لا يتغير إذ يبطل ما يخالف قصد الشارع فإذا أتى المكلف السبب بكامل شروطه وانقضاء موافقه ثم قصد ألا يقع مسببه فقد قصد محالاً وتكلف رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لم يُعْمَلْ له منعه<sup>(١)</sup>.

### سرعية السبب :

وإذا كان السبب ينقسم إلى سبب هو فعل للمكلف مقدور له سواء كان الحكم المترتب عليه تكليفيًا أو حكمًا وضعيًا ، وإلى سبب ليس بفعل للمكلف فإن السبب قد يكون ممنوعاً وقد يكون مشروعاً .

فالسبب الممنوع هو ما يؤدي إلى الفسدة أصلاً وإن أدى إلى المصلحة تبعاً<sup>(٢)</sup> ، ومثاله النكاح الفاسد لأن النكاح الفاسد يؤدي إلى الضرر أصلاً ، ولكن قد يترتب عليه مصلحة في ثبوت النسب به .

والسبب المشروع هو ما يؤدي إلى المصلحة أصلاً ، وإن أدى إلى الفسدة تبعاً كالجهاد إذ يؤدي إلى إعلاء كلمة الحق وقد يترتب عليه هلاك النفس أو المال .

وهذا التقسيم في الواقع لا يتعلق به فائدة كبيرة ، ذلك أن السبب في تعريفه بأنه كل وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعى على كونه معرّفاً لحكم شرعى لا يدخل فيه السبب الممنوع ، فالنكاح الفاسد بذاته ليس سبباً وإنما النكاح هو السبب الشرعى الذى دلّ الدليل السمعى على أنه معرف لحل المباشرة

(١) المرجع السابق ص ١٩٨ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ زكريا البرديس ص ١٠٤ - ١٠٥ ، ومع أن مشروعية الأسباب لا تستلزم مشروعية السببات إلا أن التلازم يصح بينهما عادة ، الموافقات ج ١ ص ١٣٠ المحلّة السنية .

الزوجية ، أما القساد في الكساح فهو وصف يمتري السبب ، وثبوت النسب ليس مترتباً على هذا الكساح فحسب وإنما الحق الكساح الفاسد بالكساح في ثبوت النسب احتياطاً للوفد ، وليس بالكساح الفاسد بالقدات فهو ليس سبباً فالسبب الممنوع لا يصح أن يقال عنه أنه سبب لأنه بذاته ليس سبباً لشيء فهو لم يشرع أصلاً ، ولا يصح أن يكون سبباً لما هو مشروع وإذا ترتب عليه شيء فهو لأمر آخر خلاف ذاته باعتباره كساحاً فاسداً .

بعضه معاني لفظ السبب عند الفقهاء :

حلى أننا نجد في كتب الفقه كما نجد في كتب أصول الفقه أن بعض الفقهاء قد تناول لفظ السبب بمعنى المصدر المثنى للالتزام فالقصد مثلاً سبب لحكم شرعي فقد البيع سبب لتتمليك والتملك وعقد الإيجار سبب لتتمليك المنفعة وتملك الأجرة<sup>(١)</sup> وهذا المعنى هو نفس معنى اصطلاح السبب المثنى الذي كان عند الرومان بمعنى الواقعة التي أنشأت الالتزام ، كما أورد الامام النزالي في المستصفى « كل سبب منصوب بخلقك إذا ما أفاد حكمه المقصود منه صح وإن تخلف عنه مقصوده يقال أنه بطل فالباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته والصحيح هو الذي أثمر والقاسد مرادف للبطل عند أصحاب الشافعي وكل باطل فاسد »<sup>(٢)</sup> . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي في المواضع التي يجب فيها ذكر السبب « ومنها الشهادة باستحقاق الشفعة فيجب ذكر سببها من شركة أو جوار ، ولو شهد بانتقال هذا الملك من مالكه إلى زيد فالراجح أن الشهادة لا تسمع إلا ببيان السبب وقيل لا يحتاج إليه »<sup>(٣)</sup> وقد كان غالب تعبير الفقهاء

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٥٦ ج ١ ط دار الكتب .

(٢) المستصفى للنزالي ج ١ ص ٦١ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٤ طبة معظي عمدة .

في كتب القروع بلفظ السبب بمعنى السبب المنشئ كالقعد ونحوه من التصرفات التي تفيد الملك أو تنقله أو تزله ومثاله ما جاء في الجملة « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بدون سبب شرعي »<sup>(١)</sup> ومعنى السبب هنا هو السبب أو المصدر للنشئ فإذا أخذ شخص مالا على أنه دائن به وتبين أنه غير دائن لمن أخذ منه المال وجب عليه رد ما أخذ ، ونجد لذلك سنداً وأصلاً في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه » كما نجد أن لفظ السبب قد ورد في بعض كتب القروع ولم يقصد به سبب الالتزام الذي نهى عنه ، ولا السبب الذي تكلم عنه علماء الأصول ، فقد ورد في بعض كتب القروع عند الحديث عن بعض العقود ذكر أسبابها فسبب المبة لإرادة الخير للواهب أو اكتساب للدخ والتناء بإظهار الجود والسخاء<sup>(٢)</sup> والمقصود من البيع هو انتفاع كل من المتعاضدين بما يصير إليه ، والوقف سببه لإرادة محبوب النفس<sup>(٣)</sup> — فإن لفظ السبب هنا لا يعني ما نحن بصدده من السبب في الأصول أو من السبب في القروع — فهذا يكون معنى السبب هو بيان المقصود من القعد في الجملة عقد بيع كان أوهية أو غير ذلك والمقصود من القعد بيان لفائده أو الحكمة من تشريعه وليس ذلك من عناصر القعد عند تكوينه ، فنحن نهى السبب كمنصر في القعد يلزم له ولا يستقيم القعد بدونه مع توفر الرضا بالقعد ، وبيان المقصود من القعد أو حكمة تشريعه وجوازه لا يصلح أساساً لتسند إليه آثار القعد أو بمعنى أصح الالتزامات التي تلشأ على عاتق كل من طرفيه لأننا نهى أساس الالتزام بالمقعد بما أوجبه القعد ، وبيان المقصود منه

(١) الجملة م ٩٧ .

(٢) مباح الصنائع ج ٦ ص ١٥ الكسائي .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٤٤ لابن عابدين .

لا يصلح أساساً لالتزام أحد المتعاقدين قبل الآخر في العقود الملزمة للجانبين أو لالتزام التعاقّد في العقود المفردة (إذا انتهينا إلى قيام عنصر السبب بمعناه القانوني في هذه العقود) والمقصود من العقد يختلف عن سبب العقد بمعنى العنصر الذي يدخل في تكوين العقد ويستهدف إما تحقيق التوازن فيه وإبطاله لصالح المتعاقدين إذا لم يتحقق هذا التوازن، وإما أن يستهدف هذا العنصر إبطال التصرف القانوني لناية اجتماعية إذا ما تعارضت غاية العقد مع أحكام الشارع ويظهر ذلك بوضوح من الأشياء والنظائر للسيوطي إذ يقول: «كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل ولذلك لم يصح بيع الحر أو أم الولد ولا الحرّم ولا الإجارة على عمل محرم وأشياء ذلك»<sup>(١)</sup>.

#### سأى ونقره :

لذلك فإننا لا نشق مع من يقول إن علماء أصول الفقه بحثوا سبب الالتزام في الأصول بطريقة علمية وبحثوا السبب في القروع بطريقة عملية ذلك أن هناك فارقاً كبيراً بين فكرة السبب في القانون الوضعي وفكرة السبب في أصول الفقه، إذ السبب في أصول الفقه هو أحد أنواع الحكم الوضعي والحكم هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين<sup>(٢)</sup>، فالموضوع يتعلق بإرادة الشارع والكشف عنها بمعرفة علاماتها التي تؤدي إليها ومن بينها السبب أما السبب في القانون فهو يتعلق بالتصرف القانوني الذي هو الإرادة التي تنجبه إلى إحداث أثر قانوني، وذلك مما يتعلق بإرادة المخاطب بأحكام القانون وليس

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٢٢ - القاعدة الثانية طلبة مصطفي محمد - ومقصود التصرف هنا محمده الشارع بصفة خاصة أو عامة - وليس هو على أية حال قصد الماقد أو نيته .

(٢) وهو يتعلق بإدراك المكلفين اقتضاء أو تنجيز أو وضاً .

إرادة الشارع ، وقد شملت فكرة السبب في الفقه الاسلامي لدى علماء الأصول جميع فروع الفقه فهي قائمة في المباديات والمعاملات والمقوبات وغيرها ، فلا يخلو كل ذلك من أحكام للشارع تقترب على أسبابها التي يكتسبها المكلف . بينما فكرة سبب التصرف لا تملو سبب التصرف الارادى ولا تتجاوز الفكرة نطاق القانون للذنى - وإن كان البعض يرى أن السبب بمعنى الباعث الدافع يصلح لإبطال القرارات الادارية في مجال القانون الادارى ( فإذا كان الباعث على القرار الادارى باعثاً غير مشروع كان باطلاً ) - وفكرة السبب في أصول الفقه تظهر فيها الصناعة للبطقية والعمل الفلسفى لأنها تتعلق بالتشريع نفسه . بخلاف فكرة السبب في القانون فهي فكرة قانونية بحسب ، كما أن ما ذكره علماء الأصول من حكم تعارض إرادة الشارع مع إرادة المكلف أو كون قصد المكلف معارضا لقصد الشارع لا يتعلق بالباعث الذى قد يعتبر هو السبب قانونا . وذلك أن إرادة المكلف أو قصده في أصول الفقه إنما يحثه العلماء ويحثوا حكمه على أنه تمارض بين إرادة المكلف وحكم الشارع وملعوا للمكلف بأن له تماطى الأسباب بحسب ، ولكن البواعث على تماطى الأسباب نفسها كالمقود هي التي تهم في بيان بواعث التصرفات وهو ما تعرض له فقهاء الفروع في المقود وما يشير إليه في موضعه إنشاء الله .

ونشير قبل الانتهاء من الحديث عن السبب في أصول الفقه إلى الشرط والمانع لاتصالهما بمبحث السبب من حيث أنهما من أقسام الحكم الوضعى كالسبب .

### الشرط والمانع :

الشرط اصطلاحاً هو أمر رُبط به غيره علماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته مثل كون البيع مقدور التسليم فالشرط مكملات للأمور المشروطة لها .

كتكامل الصفة للموصوف بحيث أن عدمها يحل بالمقاصد الشرعية للأحكام<sup>(١)</sup> وقد يكون الشرط شرعياً وضمه الشارع ، أو جلياً يضعه المتعاقد في العقد ، ولكن الشرط الجلي ليس بمنزلة الشرط الحقيقي بحيث لا يصح الحكم بدونه<sup>(٢)</sup> ومثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرط فإذا تمارضا وجب إعمال الشروط الشرعية<sup>(٣)</sup> إلا إذا كان ماثبت بالشرط لا يحتاج إلى الشرط كاجتماع خيار المجلس وخيار الشرط لأن الأول ثابت بالشرع فلا يحتاج لشرط .

فالشرط أمر خارج عن الشروط يلزم من عدمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده وجوده كالوضوء في صحة الصلاة وحضور الشاهدين في عقد الزواج<sup>(٤)</sup> .

وأما المانع فهو ما يستلزم وجوده انتفاء غيره مثل قتل الوارث مورثه فينتفي الأثر مثلاً وينقسم المانع إلى مانع للحكم ومانع للسبب ، ومثال الأول الأبوة في القتل العمد المدون فحكمة السبب باقية ولكن المانع مقتضاه بقاء نقيض حكم السبب . ومانع السبب هو كل وصف يحل وجوده بحكمة السبب يقيده كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب<sup>(٥)</sup> .

ولا يجمع السبب والشرط والمانع في شيء واحد ويجوز أن يكون الشيء سبباً في حكم وشرطاً في آخر ومانعاً في ثالث ولكنها لا يجمع في شيء واحد<sup>(٦)</sup>

(١) الموافقات للشاطي ج ١ ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٢) الطرغ على التوضيح ج ٢ ص ١٤٥ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي — حاشية الواهب الملية ص ٣٢٤ .

(٤) محمد زكريا البرديسي في أصول الفقه ص ١٠٧ — ١٠٨ .

(٥) الأمانى ص ١٨٥ .

(٦) الموافقات للشاطي ج ١ ص ١٢٠ العلبة السلفية — والله في ذلك أنها عند

اجتماعها تندفع — المرجع السابق .

### السبب في أصول الفقه والسببية في الفقه والقانون :

وفكرة السبب التي بحثها علماء أصول الفقه تفيد في بيان الأفعال المتصلة بالجرعة في الفقه الاسلامي والتي لا تندو أن تكون مباشرة أو سبباً أو شرطاً. والأول ما أحدث الجرعة بذاته دون واسطة وكان علة للجرعة والسبب ما أحدث الجرعة لا بذاته ولكن بواسطة وكان علة، والشرط ما لا يحدث الجرعة بذاته ولا هو علة لها ولكن وجوده جعل زملاً آخر محدثاً للجرعة<sup>(١)</sup>. والمسئولية تختلف في الأحوال السابقة فصاحب المباشرة والتسبب كلاهما مسئولون عن فعله وأما مسؤولية صاحب الشرط فالأصل أنه لا يسأل إلا إذا قصد التدخل في الجرعة<sup>(٢)</sup> وفي القانون فإن علاقة السببية تكون هي الملائم أحياناً في توقيع العقوبة أو في قيام المسؤولية المدنية . لجرائم القتل الخطأ نستوجب بحث السببية وكذلك تقدير المسؤولية في الجرائم المدنية على النحو السابق ، ونستمد السببية في القانون جنودها من فكرة السبب كما هي في الفلسفة إذ طبيعة المسألة واحدة في القانون أو الفلسفة<sup>(٣)</sup> . ويختلف علماء القانون بين الأخذ بالسببية للمباشرة أو الأخذ بالسببية للملائمة ، كما يرى البعض الأخذ بما يسمى تعادل الأسباب<sup>(٤)</sup> .

وكذلك تنفي المسؤولية المدنية إذا انقطعت علاقة السببية بين الخطأ والضرر كما إذا قام سبب أجنبي أو كان السبب غير منتج أو غير مباشر<sup>(٥)</sup> .

(١) التفرع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٤٥١ - للاستاذ عبد القادر عودة عليه رحمة الله

(٢) المرجع السابق ص ٤٥٢ - ٤٥٣ ، وللواء ٩٢ ، ٩٣ من المجلة بشأن مسؤولية

التسبب والمباشر - والأول لا يضمن إلا بالتصد والثاني يضمن وإن لم يتصد .

(٣) السببية في القانون الجنائي رزوق عبيد ج ١ ط سنة ١٩٦٦ .

(٤) المرجع السابق ص ١٤ وما ينصحه .

(٥) الوسيط السنهوري ج ١ ص ٩٩٠ - ٩٩٢ .

فكرة السبب في أصول الفقه بما لما من اتصال بفكرة السببية وهي أصلاً فكرة فلسفية يمكن أن تمتد في مجال المسؤولية ، سواء كانت جنائية أو مدنية ، ما يمين على تحديدتها ولكنها كما رأينا تختلف عن فكرة سبب الالتزام كما هي معروفة في القانون المدني ، إذ نبعث عن سبب الالتزام بوصفه عنصراً من عناصر العقد أو الالتزام له وجوده الفعلي - بخلاف السببية وهي علاقة افتراضية بطبيعتها .

### فصل في السبب في أصول الفقه :

ويبين لنا من دراسة السبب في أصول الفقه أمران : أولهما - أن السبب في أصول الفقه قد يكون واقعة قانونية سواء كانت من فعل المكلف ومقدورة له أم كانت غير مقدورة للمكلف خارجة عن إرادته وتكون من فعل المكلف كما في ملك النصاب للزكاة أو شرب الخمر كسب لتوقيع العقوبة وقد لا تكون الواقعة من فعل المكلف ويترتب عليها حكمها كطالع الملل للصوم أو زوال الشمس كسب لوجوب الوقت في الصلاة لأن هاتين الواقعتين هما واقعتان طبيعيتان جعلها الشارع سبباً لحكم تشكيلي وسواء كانت الواقعة فعلاً مقدوراً للمكلف أم غير مقدور له فهي واقعة تترتب عليها آثار قانونية حتى دون أن يكون المكلف قد قصد ترتب الأثر عليها أي دون أن تكون هذه الآثار مقصودة من ذوى الشأن<sup>(١)</sup> .

فالسبب في أصول الفقه كواقعة يشابه مع الواقعة القانونية في القانون

---

(١) الواقعة القانونية والتصرف القانوني للاستاذ الشهوري - مذكرات للدراسات العليا



الوضعي عندما ينقسم السبب إلى قبل مقدور للكلف أو غير مقدور له ، ويكون لكليهما آثار شرعية .

وقد يكون السبب تصرفاً قانونياً يترتب عليه حكم قانوني ويكون السبب هنا بمعنى المصدر فقد البيع سبب لانتقال الملك وعقد الإيجار سبب لتملك الأجرة واستيفاء المفعة ، أو فضلاً كالاستيلاء على الشيء المباح كسبب لتملكه<sup>(١)</sup> ويكون معنى أن العقد أو الاستيلاء سبب أنه مصدر منشئ ولا صلة له هنا بأي من معاني نظرية السبب بمعناها التي جعل السبب عنصراً في الالتزام أو في العقد<sup>(٢)</sup> .

ثانيهما — أن السبب بمعناه الذي بحثه علماء القانون كركن في العقد أو عنصر فيه وكأساس للالتزام قد تناولته التفهات السلطون من ناحيتين : أولاً نكاد نقرب من نظرية السبب في الفقه التقليدي الفرنسي وهذا ما نأخذ به كما سنوضح فيما بعد في المأوضة المتبررة شرها في العقود الملزمة للجانبين قيام المأوضة التي يعتبرها الشارع يترتب عليه التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين إذ المأوضة عملية تبادلية ولها صفة مادية وموضوعية ولم يتركها الشارع تتم بين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين دون رعاية منه بل قصد منها الشارع أن يتحقق بها التبادل والتوازن بين طرفي العقد الملزم للجانبين . فالالتزام المقابل أو تنفيذه كسبب للالتزام في النظرية التقليدية للسبب في الفقه اللاتيني هو عنصر منفرد وينظر إليه كذلك بوصفه أساساً للالتزام آخر ينظر إليه هو الآخر مفرداً

---

(١) جعل الفقه الفرنسي في المراسل الأخيرة من نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية الاستيلاء تصرفاً قانونياً بالرغم من أن العنصر البارز فيه هو الحيابة ( مذكرات لسنهورى في الواقعة القانونية والتصرف القانوني ص ١١٩ ) .

(٢) وإن كان السبب بمعنى المصدر المنعقد قد عرف في القانون الروماني كما قلنا —

أما الفقه الإسلامى فإنه لم يميز التصرف القانونى المزمع للجانبين إلى التزامات متقابلة ويبحث عن أساس لكل منها وإنما أساس التزام المتعاقدين ينظر إليه مرة واحدة وهو فى الماوضة التى يسترها الشارع فينظر إلى الموضين فى وقت واحد وقد وضع الشارع الشروط التى تكفل التوازن فى الماوضة بالنظر إليها كعملية مبادلة اقتصادية لم يتركها لإرادة الطرفين وهذه الشروط أوجب الشارع مراعاتها ، فإذا كانت نظرية السبب فى الفقه الفرنسى التقليدى تنظر إلى كل التزام على حدة فإن صياغة الفقه الإسلامى اقتضت النظر إلى أساس التزام كل متعاقد فى التصرف القانونى جملة واحدة فإذا كان الفقه الفرنسى مثلاً يبدأ بالنظر إلى أساس كل التزام فإن الفقه الإسلامى يبدأ بالنظر إلى المقدد وكيف يكون أساس التزام كل متعاقد فيه .

والمعنى الثانى الذى يحته الفقهاء المسلمون ويتفق مع نظرية السبب فى القانون هو الباعث على التصرف القانونى ذلك أن النظرية الحديثة فى السبب كما سبق أن بسطناها تجعل السبب هو الباعث الدافع إلى التصرف فهو يتصل بالإرادة أوثق اتصال وهو عنصر ذاتى يختلف من عقد لآخر فى النوع الواحد من العقود ، وقد بحث الفقهاء المسلمون الباعث على التصرف بنفس المعنى الذى يحته به علماء القانون فإذا كانت نظرية الباعث تستهدف غرضاً اجتماعياً قد لاتنحصر به النظرية التقليدية فى السبب كاملاً ، فإن هذا الهدف بذاته كان ما يقصده الفقهاء المسلمون الذين اعتدوا بالناتية التى يؤدى إليها التصرف وأبطلوه إذا كانت الناتية منه تتعارض مع حكم الشارع أو تعين على مخالفة حكمه وهو ما نتناوله فى موضعه إنشاء الله .

## الفصل الثاني

### السبب في الفقه (في الفروع)

يكاد أن يكون مستقراً لدى الباحثين في الفقه الإسلامي أن الفقهاء المسلمين سواء كانوا من علماء أصول الفقه أو من فقهاء الفروع فيما أئتمنوه من أحكام قضائية في فقه للمعاملات - لم يتعرضوا لبحث سبب الالتزام كنظرية عامة للمعنى الذي استقر عنده البحث في القانون الوضعي باعتبار السبب ركناً في العقد أو في الالتزام<sup>(١)</sup>.

#### فكرة السبب في فقه المعاملات :

على أن إعمال فكرة السبب بمعنى الالتزام المقابل يبدو واضحاً في فقه المعاملات ولا سيما عندما يبحث الفقهاء انعقاد العقود للزمة للجانبين أو عقود المعاوضة<sup>(٢)</sup>. وما تقتضيه هذه للمعاوضة من شروط حتى يلزم العقد كلاً من طرفيه إذ أن الشارع الإسلامي أحاط عملية للمعاوضة أو المبادأة بأحكام استهدف منها أن تؤدي هذه للمعاوضة أو المبادأة إلى التوازن في مضمون العقد كما أن الفقه الإسلامي قد بحث عن النوايا التي قد تحتج وراء تصرف المكلف وتناول الفقهاء حكم هذه النوايا والبواعث وأثرها على العقد وهذا هو الجانب الذي

---

(١) وإن كان الأستاذ صبحي المصماني في كتاب النظرية العامة للموجبات في الفريعة الإسلامية قد ذكر أن الفقهاء بحثوا نظرية السبب بصورة عملية في كتب الفروع ج ٧ ص ٨٩ وهو مالا نوافق عليه .

(٢) ظليح مبادئتي مرغوب يعني مرغوب . وهذا هو ركن البيع - بناءً الصانع

يحصل بالإرادة في نظرية السبب أو في انعكاسه وإن كان الفقهاء المسلمون لم يبحثوا  
للبواعث أو النيات وأثرها باعتبارها تمثل عنصراً له ذاتيته في المقدر سواء  
في تكوينه أو بقائه ولكنهم بحثوا ذلك باعتبار المقدر تصرفاً من المكلف  
يجب أن يكون مطابقاً لإرادة الشارع في غايته التي يؤدي إليها .

### استنباط النظرية من الفقه الإسلامي .

ومق كان ما تقدم فإنه رغم علم تعرض الفقهاء المسلمين لنظرية السبب قصداً  
إلا أن مفهوم هذه النظرية يمكن أن نستنبطه في سهولة ويسر، إذا علمنا أن أهم  
ما بحثه الفقهاء في عقود المعاوضة هو ذات عملية المبادأة أى الشروط التي وضعا  
الشارع حتى يمكن أن تؤدي المبادأة إلى التوازن في مضمون المقدر — كما أنه  
من ناحية أخرى فإننا نجد أن الفقهاء لم يفهم أن يسئروا بالغاية من المبادأة  
أو المعاوضة فالمبادأة لا يكفي فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون المقدر، بل  
يجب أن تكون النية منها مشروعة وتراعى مقاصد الشارع في المقام الأول  
والتي يجب أن يتفق معها قصد القاعد أو نيته أو باعته على التعريف .

ففي البيع القاسد قد يكون الثمن مجهولاً أو المبيع مجهولاً جهالة توجب  
المنازعة لأنها مأمنة من التسليم والتسلم وبدونها يكون البيع قاسداً لأنه لا يفيد  
مقصوداً<sup>(١)</sup> . فالقصد هنا هو عملية المبادأة وهي التسليم والتسلم فالبيع أخذ بدل  
وإعطاء بدل — ومن شروط العقود عليه أن يسلم من الترتير والرابا<sup>(٢)</sup> وذلك

(١) تحفة الفقهاء لسرخس في باب البيع القاسد ص ٦٢ ، والإجارة حقيقتها تأميك مضمونة  
مطلوبة بوضوح معلوم — منح الجليل ج ٣ ص ٧٧٥ وهي عقد على المنافع بوضوح — فتح  
التدبير ج ٧ ص ١٤٥ وهي بيع مضمونة بأجر معلوم — الزيلعي ج ٤ ص ١٠٥ — وتفسرهما  
الشروط كالبيع ص ١٢١ .  
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٤١ .

يقصد به ضبط المبادلة ، وقد كره الإمام مالك رضى الله عنه « أن يعطى الرجل أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها لأن الأزرع يقل مرة وربما هلك رأساً »<sup>(١)</sup> مع أن للسكينة أجازوا الفرز في التبرعات لأن الموهوب لم يبذل شيئاً ، وقد أورد ابن رشد في بداية المجتهد أن للسكينة والشفافية قد أبطلوا شركة الوجوه (وهي أن يشترك اثنان أو أكثر من وجوه الناس في الشراء مجامهم من غير رأس مال) ورد ابن رشد بسبب إبطال هذه الشركة عند المذهبين بأن كل واحد من الشريكين طامض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة أو عمل مخصوص<sup>(٢)</sup>.

والفقه الحنفى في عقود المبادلات للآلية وهي العقود اللازمة للجانبين أصرح في بيان اشتراط التوازن في مضمون العقد فالمفاوضة توجب التسوية بين البديلين<sup>(٣)</sup> ، وجمع البذل والبذل في عقد المبادلة لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت<sup>(٤)</sup>.

وحقيقة المبادلة كما يقول الكاسانى في التسليم والتقبض لأنها أخذ بذل وإعطاء بذل والبيع عقد معاوضة تمليك بتسليم وتسليم بتسليم<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المتن ج ٥ ص ١٣٢ ، الأم القاضى ج ٣ ص ٢٣٨ والملة عدم إبطال عمل العامل إذا أخطأت الثمرة .

(٢) بداية المجتهد ص ٢٥٥ .

(٣) الزيلعى ج ٢ ص ٦٥ - ٦٦ .

(٤) البدائع ج ٥ ص ٢٦٢ والزيلعى على الكنز ج ١ ص ١٦ .

(٥) البدائع ج ٥ ص ١٦٦ ، ٢٤٣ وراجع تبين الحقائق ج ٤ ص ٢ - البيع لفة مطلق المبادلة وفي الفروع بالتراضى .

### كيف يتحقق التوازن في مضمونه العقد :

وإذا كان عقد المبادأة يوجب التسوية بين طرفيه فكيف استطاع الفقه الإسلامى أن يضبط هذه المبادأة ولا يحملها كبعض الشرائع الأخرى من عمل الماقدين بحسب ؟

هنا نجد أن الفساد فى العقد (وهو الذى لا يرجع إلى الرضا أو الخلل) يرجع أساساً إلى اختلال المبادأة ، وهنا نجد فكرة السبب بمعنى الالتزام المقابل كالتأان فى النظرية التقليدية للسبب فى القانون الوضعى فتى اختلت المبادأة بحيث آل البدلان إلى أحد المتماقدين دون الآخر أو آل أحدهما إليه مع هلاك الآخر كله أو جزء منه — كان العقد فاسداً بسبب اختلال المعاوضة ، وهذا الشرط وهو التوازن فى مضمون العقد ، هو الذى تدور عليه أحكام الربا والنذر والشروط الفاسدة وأحكام العقود المنهى عنها لعلة الخلل فى المبادأة ، فالربا شرعا هو فضل مال بغير عوض فى مبادأة مال بمال ، فالفضل الذى لا يقابله عوض فى عملية المعاوضة هو الربا وعلّة التحريم هى قطعا انقضاء البسـدل واختلال المبادأة أو المعاوضة لأن الربا فى نظر الشارع ليس فيه موازنة بين الماقدين فيكون فيه التزام بدفع الربا دون عوض يقابله فيبطل العقد بسبب ذلك الخلل فى المبادأة والشرط الخامس وهو الشرط الذى فيه منفعة لأحد المتماقدين تزيد على مقتضى العقد ولم يرد به نص أو جرى به عرف ، علّة الفساد فيه هو أنه يخل بالمبادأة التى نظمها الشارع بتحديد مقتضيات العقود ، فاشتراط ما يزيد عنها يخل بالمعاوضة ولا يحملها مؤدية إلى التوازن فى مضمون العقد ولذلك فسد الشرط على خلاف فى أثره على العقد ، وأحكام عقد النذر كلها ترجع إلى الملقى الذى أسلفناه فى الربا وفى الشرط الفاسد فالنذر يؤدى إلى الإخلال بمضمون العقد فيؤول

الموضان إلى أحد المتعاقدين مثلاً فلا يخرج المتعاقد الآخر بشيء من العقد ، وهذه هي العلة في تحريم عقود النذر إذ أن من طبيعة هذه العقود أن يكون الإخلال بعملية المبادلة محققاً في جانب أحد الطرفين أو محتملاً بالنسبة لأحدهما ، وقد يقع بعض التساهل إذا كان يمكن ضبط المبادلة أو الماوضة في حالة خاصة فعلى الرغم من الخلاف في صحة استتجار الهابة لأخذ الدين منها فقد أجاز الإمام مالك ذلك « إذا كان قد عرف حلابها » <sup>(١)</sup> كما يقول ابن حزم في المحلى ، والعلة في الإجازة هي أن المبادلة أمكن ضبطها بحسب ما عرف عن العقود عليه ، وكذلك كانت حجة المانعين لعقد المزارعة كما جاء في بداية الجهد أن إجارة الأرض بأجر يلتزم به المستأجر غرر لأنه قد يصيب الزرع جائحة فيكون المستأجر قد دفع ماله ولم ينفع بشيء <sup>(٢)</sup> .

والعقد المنهى عنها وسقناؤها فيما بعد — تختل فيها المبادلة بسبب ظروف العقد فيبيع النجش وتلقى الجلب ، والاحتكار كلها صور لعقود تختل فيها المبادلة بسبب الظروف التي يعقد فيها العقد بحيث تكون هذه الظروف مؤدية فعلاً أو بحسب الغالب إلى اختلال الماوضة لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر .

وبذلك فإن الشرط الأول في الماوضة المتبرة شرعاً ، وهي التي تمثل

(١) وهذا الضليل لانتفاء النذر يفيد أن النذر للشيء عنه هو ما لا يمكن معرفة وقوعه أو قدره بواسطة من الوسائل .

(٢) الأم ج ٣ ص ٥٥ وأورد القاضي حديث النبي عن الحافلة وهي كراء الأرض بغير من الزرع ، وقد ورد في تعيين المخالفات في جلة البيع الفاسد — ما يكون المبيع فيه أو اثنين بجهولا وما يكون فيه شرط لفئة أحد المتعاقدين لا يفضيه العقد وقد جمع هذا القول سمين من أسباب اختلال المبادلة ج ٤ ص ١٤٣ حاشية الشلبي .

مفهوم فكرة السبب في الفقه الإسلامي في العقود الملزمة للجانبين هو أن تحقق  
الماوضة التوازن في مضمون العقد بين حقوق الماقد والزاماته وقد استطاع  
الشارع الإسلامي أن يضمن هذا التوازن عن طريق الأحكام التي وضعها للربا  
والغرر، وفيها تختل المبادلة بسبب طبيعة العقد الربوي أو طبيعة عقد الغرر،  
وعن طريق أحكام الشروط في الفقه الإسلامي إذ للعقد الذي يقرن به شرط  
فاسد تختل فيه الماوضة بسبب مسلك أحد الماقدين باسئراط الشرط الذي يخل  
بالمواضة ويجهلها تحقق لأحد الماقدين فائدة، لا يفضيها العقد دون مقابل لها  
وأخيراً قد ضمن الشارع هذا التوازن في مضمون العقد الملزم للجانبين عن طريق  
الأحكام التي وضعها للعقد النهي عنها والتي تختل فيها الماوضة لصالح أحد  
الطرفين على حساب الآخر بسبب ظروف انعقاد العقد كعقد الاحتكار أو التماقد  
في حالة الاضطرار وكل ذلك سنعود إلى بحثه تفصيلاً عندما نتناول تطبيق  
السبب على العقود اللازمة في القسم الثاني .

ويلاحظ أن المبرة في التوازن في مضمون العقد هو بتحقيق أحكام الشارع  
لا بما تؤدي إليه الماوضة فعلاً، قد وضع الشارع مقتضيات العقد بافترض أنها  
تحقق التوازن بين الماقدين في مضمون العقد، وقد لا تؤدي فعلاً إلى ذلك  
فن استأجر دابة ليجعل عليها شيئاً فلم يجله أو لزم من محدد ولم يستغدها فيه لزمه  
الأجر وكف ذلك من يستأجر منزلاً لمدة شهر ولم يسكن فيه إلا يوماً واحداً<sup>(١)</sup>.

والشرط الثاني في الماوضة التي يعتبرها الشارع والتي تقوم بدور السبب  
في العقد الملزم للجانبين هو أن تكون للغاية منها أو من العقد الذي يتضمنها  
مشروعة .

---

(١) للمونة ج ٣ ص ٤٢٨، ص ٤٤٩ .



فلا يجوز لشخص أن يؤجر داره لتكون كنيسة وإذا حل السلم خراً  
فقدى فإنه لا يستحق الأجر<sup>(١)</sup> وعصير المتب لا يجوز بيعه لمن يخذله خراً  
والبعض يشترط أن يتأكد البائع من أن المشتري يخذله خراً فإن لم يتأكد  
جاز<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بيع السلاح في الفتنة ولا بيع جارية لمن اشتهر عنه الفسق<sup>(٣)</sup>  
وكل ذلك روى فيه الباعث على المقد والناتية التي يؤدي إليها. وجلة القول  
كما سنذكر تفصيلاً فيما بعد أن المذهب الحنفي والشافعي كلاهما يمتد بما يظهر  
من صيغة المقد وأن المالكية والحنابلة يبعثون عن النيات والبواث التي قد  
تستتر وراء المقد على خلاف في ذلك بين المذاهب تتناول في موضعه.

غير أننا نشير إلى أمرين هامين : أولاً : أن المقد المزمع للجانبين الذي  
يقرر أن الناتية التي يؤدي إليها محرمة لا يبطل في حق أحد المتعاقدين بحسب بل  
يبطل لأنه فساد يعمين رفعه سواء من أحد الطرفين أو بحكم التناهي من تلقاء نفسه  
ذلك أنه لا وجه للفرقة بين مسؤولية أحد الطرفين ومسؤولية الآخر إزاء حكم  
مخالف للشرع فقد درج فقهاء القانون الوضعي على للفرقة بين علم أحد الطرفين  
بالسبب غير المشروع وعلم كليهما ترتيباً على أن بطلان العقد قد يكون فيه  
ضرر لأحد الطرفين وهو لم يكن يعلم بالباعث غير المشروع الذي دفع المتعاقدين  
إلى الآخر إلى الصاقد، ولكن الفقه الإسلامي لا يبحث هذه المسألة أصلاً لأن النظر  
إلى غاية المقد وما يؤدي إليه يكون جلة واحدة وليس جرياً وراء باعث  
كل متعاقدين على حدة<sup>(٤)</sup>.

(١) للرجع السابق ص ٣٩٩ - ٤٠٠ .

(٢) مختصر البجاوي ص ٢٨٠ .

(٣) ويلاحظ أنه لا ينظر إلى نية البائع أو المشتري بقدر ما ينظر إلى طرف موضوعي .  
وهو شهرة المشتري والتي تجعل المقد مؤدياً لنتيجة غير معروفة بحسب ذلك الطرف .

(٤) والفقه الإسلامي ينظر إلى العقد على أنه في طبيعته وسيلة خفية إلى غاية يجب أن  
تتفق مع مقاصد الشارع .

والأمر الثاني : أن مبدأ سد القرائع في الفقه الإسلامي يحمل العبارة بالغايات والمقاصد الشرعية من التصرفات ولا يترتب الحكم على النية وحدها . فـ إذا يؤدي إلى الفساد الرجعة يبطل وما يؤدي إلى المصلحة أراجعة يصح وتكون الغاية من التصرف بحسب الغالب هي التفصيل وليس الجري وراء باعث التعاقب أو نيته فحسب ، وستناول ذلك تفصيلا فيما بعد .

### صياغة النظرية ومميزاتها :

إن صياغة نظرية السبب في الفقه الإسلامي في العقود اللازمة على أساس المعاوضة المعتبرة شرعاً يتميز بمدة أمور :

أولاً : أن أساس النظرية ظاهر في الفقه الإسلامي بالمبادلة أو المعاوضة كانت أهم ما بحثه الفقهاء في العقود التي تلزم طرفيها وضبط هذه المبادلة كان مدار الأحكام التي وردت في الربا والقرر والشرط والعقود المنهى عنها فتحن هنا نستمد أساس النظرية من أحكام الفقه في كتب الفروع والتي تكاد تصرح بمنطوقها عند بحث المعاوضة أو المبادلة .

ثانياً : أن وضع السبب في الفقه الإسلامي في مكانه الصحيح يأل من فكرة المبادلة التي أهتم بها الشارع الإسلامي وضبطها الفقه الإسلامي بما وضعه من أحكام في العقود تدل عليها وأن ذلك هو الأساس الحقيقي لاستمداد فكرة السبب في الفقه الإسلامي بدلا من التعلق بلفظ السبب كما فعل بعض الفقهاء عندما بحثوا عن لفظ السبب وغلطوا أن ما أورده كتب الفقه أحيانا مستندا إلى هذا اللفظ يفيد في الكشف عن نظرية السبب في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> .

---

(١) أورد الأستاذ صبحي المحمدي في كتابه النظرية العامة للمرجيات في بحث السبب أن الفقهاء صرحوا بأن عقد الزواج سببه التناسل والكمرة وأن المبة سببها لمرادة الخير الواهب ، وظاهر أن ذلك لا يتعلل بموضوع البحث إلا إذا تعلقنا باللفظ غيب جـ ٢ ص ٩٧ في المرجع المذكور .

ثالثاً : أن فكرة المعاوضة المتغيرة شرعاً والتي تقوم بدور السبب في الفقه الإسلامي في العقود اللازمة - ترد إليها أحكام الفسخ وتعمل التبعة فالمعاوضة المتغيرة شرعاً ليست شرطاً لانقضاء العقد لحسب بل يشترط بقاؤها بعد انعقاده فإذا امتنع أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه أو هلك أحد البدلين بفعله أو بفعل أجنبي كان في ذلك اختلال للمعاوضة - وكان الحكم الشرعي يستهدف إعادة التوازن إلى المبادأة ويظهر ذلك جلياً في أحكام الفسخ وتعمل التبعة في الفقه الإسلامي ، وسنتناول ذلك تفصيلاً فيما بعد ، نرى أن أحكام الفسخ وتعمل التبعة ليست سوى رد المبادأة أو المعاوضة إلى التوازن الذي فقدته بسبب مسك أحد العاقدين أو بسبب خارج عن إرادتهما ، ويلاحظ أن نظرية السبب التقليدية في القانون الوضعي تقوم بنفس هذا الدور في حل نظامي الفسخ وتعمل التبعة<sup>(١)</sup>.

رابعاً : أن كثيراً من الباحثين قد ألغيت إلى المبادأة وأهميتها في العقد الملزم للجانبيين في الفقه الإسلامي ، ورواوا أن الشريعة الإسلامية تراعى فكرة التبادل وأقر بذلك الدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته عن تعمل التبعة في الفقه الإسلامي ، وأشار الأستاذ عبد الرزاق السنهوري إلى أن في نصوص الفقه الإسلامي ما يعطى أهمية للمبادأة في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي . وأخذ البعض بأن السبب في الفقه الإسلامي هو للمادة<sup>(٢)</sup> وإن كان في ذلك إنكار بشرط شرعية الناية من المبادأة كما أسلفنا .

(١) صلاح التام في الامتناع المبرور عن الوفاء .

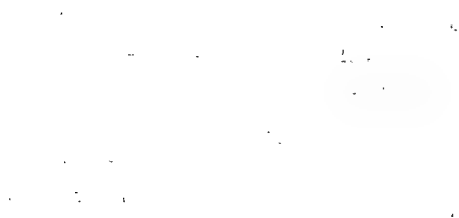
(٢) تحقيق شجاعة في النظرية العامة للأثرات في الفريعة الإسلامية ص ٨٥ - ٨٩ .

أنه قرر أن البواعث لا أثر لها في العقد وموما لا توافق عليه .

خامساً : أن الشرط الثانى من شرطى السبب . وهو شرعية الناية من  
 للماوضة هو الذى يبقى إذا كان العقد من غير عقود الماوضات بل كان من  
 عقود التبرعات أو الضمان مثلاً ( فى العقود غير اللازمة ) فهنا لا يبق سوى  
 الناية من العقد لأن الماوضة نفسها غير موجودة فلا يتصور اشتراط التوازن  
 فى مضمون العقد وهو يقوم على التبرع أو لا يراعى فيه هذا التوازن كمقود  
 التوثيق مثلاً ، ونلاحظ هنا أن الماوضة المقبرة شرعاً تقتضاه فى صياغتها مع نظرية  
 السبب التقليدية فى القانون الوضعى لأن صياغة السبب فى هذه النظرية فى  
 الالتزام المقابل أو تقيده لا تبقى للعقد الذى يخلو من المبادلة إلا الباعث ليكون  
 سببه . غير أن القانون الوضعى جعل نية التبرع هى سبب العقد الذى يخلو  
 من الماوضة كالمهبة ( على الأقل فى النظرية التقليدية للسبب ) ، ونية التبرع  
 فى ذاتها كما قال البعض لا تنمى شيئاً ولكن فى صياغة النظرية فى الفقه  
 الإسلامى ما يجعل السبب فى العقود التى تخلو من المبادلة هو الناية من العقد .  
 فإذا كان القانون الوضعى يبحث عن النية ثم عن أثرها فى العقد فإن الفقه  
 الإسلامى يبحث عن النيات التى قد يصل إليها العقد سواء كان ذلك ما نواه  
 الماقدان أو أحدهما أم لا إذ العقد ليس إلا وسيلة أو ذريعة لمقصد يجب أن يتفق  
 مع مقاصد الشارع .

وبين مما تقدم أن للماوضة المتبرعة شرعاً فى الفقه الإسلامى . تقوم بدور  
 السبب فى القانون الوضعى وأن العقد للزلم للجانبين الذى تختلف فيه هذه الماوضة  
 بشرطها لا يكون عقداً صحيحاً حتى لو استوفى رضا الطرفين وكان محله  
 مشروعاً . فرضا الطرفين بالرضا فى العقد لا أثر له فى بطلان العقد وتامل الناس  
 بقعود النذر أو الشروط الفاسدة حتى وإن كان رضاهم لا يصحح العقد أو الشرط

( على خلاف في مبحث الشرط نبييه فيا بعد ) وكذلك تعاملهم في العقود  
للتهى عنها والتي أسلفنا حكمة التهى فيها وأنها تتمحض إلى إخلال للباحة في  
هذه العقود . فإن كل ذلك أمر مسلم في التقة الإسلامى لأن رضاء الطرفين ليس  
كل ما هو مطلوب في العقد بل إن تنظيم الشارع لأثار العقد أو الالتزامات  
للمتقابلة الناشئة عنه يجب مراعاته في الحدود التي رسمها الشارع للعقد ، وسوف  
نعود إلى بحث خصائص للماوضة التي يتعد بها الشارع وشروطها في فصل  
مستقل في الباب التانى .



## الباب الثاني

### الالتزام وسببه في الفقه الإسلامي

تقسيم :

أشرنا في الباب الأول : وفي الفصل الثاني منه إلى سبب الالتزام في الفقه الإسلامي وكيفية استنباط النظرية مما كتبه الفقهاء المسلمون عن المأوضة في العقود اللازمة التي تقابل فيها الالتزامات . أو عن الناية من العقد في العقود غير اللازمة والتي لا يراعى فيها التوازن في مضمون العقد بين العاقدين ، وقبل أن نتحدث تفصيلاً عن المأوضة للمتبرة شرعاً في العقود اللازمة أو عن الناية من العقد في العقود غير اللازمة . نعرض لملاقة الالتزام في الفقه الإسلامي لبيان طبيعتها وتحديد خصائصها حتى ننتهي إلى الالتزام الذي نبحث عن سببه ، وذلك في الفصل الأول من هذا الباب .

ونبحث في الفصل الثاني آراء الفقهاء المحدثين الذين تعرضوا لبحث سبب الالتزام في الفقه الإسلامي ، وقد تملكت أراؤهم في ذلك فمنهم من اعتد بالمأوضة أو اللبادة وجعلها أساساً يقيم عليه السبب في الفقه الإسلامي ، ومنهم من نظر إلى الباعث على العقد أو التصرف وعده سبباً للالتزام ، وذهب آخرون مذاهب أخرى نعرض لها بالتفصيل . ثم تنتهي بالفصل الثالث وتحدث فيه عن المأوضة للمتبرة شرعاً وهي سبب الالتزام في نظرنا في العقود اللازمة ، وعن الناية من العقد أو التصرف وهي السبب في العقود غير اللازمة .





## الفصل الأول

### علاقة الالتزام في الفقه الإسلامي

تنظيم المعاملات في الشريعة الإسلامية يتميز بتنظيم الشريعة الإسلامية للمعاملات المالية بمئات عديدة تختلف عن سمات تنظيم الشريعة لأمر العبادات أو الأحوال الشخصية ، ذلك أننا نجد في أمور العبادات وبعض مسائل الأحوال الشخصية نصوماً منفصلة تضيّق مجال الاجتهاد بالرأى في تفسير هذه النصوص ، ويرجع ذلك إلى أن أمور العبادات لا مجال فيها للعقل كأصل وأن بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج يعد في الشريعة الإسلامية على صلة وثيقة بالمعاشرة وإن كان في طريقة انعقاده قد يخضع لشكل معين إلا أنه من عقود الرضا أصلاً - وأول سمات التنظيم الإسلامي للمعاملات أن السعى في الحياة واكتساب المال هو عمل مشروع وقد ورد في القرآن الكريم بعض أنواع المعاملات المالية . كالبيع والإيجار والرهن والجماعة ، وكذلك وردت آية في المداينات - كانتدت الآيات الكريمة في التذلل إلى السعى في الحياة لاكتساب المال وتعددت في ذلك الأحاديث النبوية<sup>(١)</sup> وسبب شرعية المعاملات كما يقول الفقهاء «هو تعلق البقاء للتدور بمباشرتها» فقد شرع اكتساب المال لأنه طريق لحفظ النفس ، ووسيلة التجارة «لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد»<sup>(٢)</sup> .

(١) تراجع ما أورده المجلس في أحكام القرآن ج ١ ص ٥٤٧ - ٥٤٨ ط المطبعة البهية

(٢) كشف الأسرار على أصول فقه الإسلام ج ٧ ص ٦٧٨ .

وثاني هذه السمات أن الأصل في للمعاملات الرضا فكل العقود تبقى على الرضا<sup>(١)</sup> . غير أن هذه القاعدة لا تتساوى مع قاعدة القانون في الرضا لأن الفقه الإسلامي قد هدف إلى تحقيق الرضا الكامل بالمقد أو التصرف دون الرضا الكافي لانقضاء العقد فكان بسبب ذلك خيارات عديدة كخيار المجلس وخيار الشرط والرؤية والحسنة من هذه الخيارات عموماً أن يكون الرضا حقيقياً وعن بينة واختيار ، وقد انتقد البعض كثرة الخيارات في الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup> بدعوى أنها تفتح المجال لإضفاء الرابطة التعاقدية .

وثالثة السمات في تنظيم المعاملات في الفقه الإسلامي أن الشارع حدد مقتضيات العقود ، وللمقدين اكتساب العقود ذاتها وتترتب عليها أحكامها التي حددها الشارع ، وليس في ذلك تضيق في فقه المعاملات لأن تحديد الشارع لمقتضيات العقود قصد به منع الجور على أحد المقدين ، والآثار التي رتبها الشارع هي الآثار نفسها التي يطلبها المقادان والتي راعى الشارع أن طلبها يتحقق به المقصود من العقد والتبادل بين طرفيه فيما يرتبه من حقوق والتزامات فالعقد من أفعال المكلفين ومقتضياتها من الشارع<sup>(٣)</sup> .

ونصت عن علاقة الالتزام في الفقه الإسلامي بعد أن نشير إلى نظرية الالتزام في القانون . . .

---

(١) الطرق المسكية ج ١ ص ٢٨٢ ط ١٩٦١ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات تحقيق خصائصه فقرة ٨٠ وقد رد ذلك النقد الأستاذ مصطفى الزرقاني المنخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي ص ١٨ - ١٩ ط ١٩٥٨ على أن أنواع الخيارات وشروطها محل خلاف في المذهب .

(٣) تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩٧ .

### نظرية الالتزام في القانون :

عرف بعض الفقهاء نظرية الالتزام بأنها مجموع الوسائل القانونية التي يتسنى بها للأفراد اكتساب الحقوق المالية بمضمهم في مواجهة البعض<sup>(١)</sup> وتمبير نظرية الالتزام في الواقع هو تمبير يظهر فيه وجه واحد من حالة قانونية تشتمل على الحق والدين فالحق هو الوجه الإيجابي والدين هو الوجه السلبي ، والالتزام هو الذي يكفل للدائن صاحب الحق الحصول على دينه من المدين الملتزم به ويكون تمبير نظرية الالتزام اشغالا عن الغاية واشغالا بالوسيلة<sup>(٢)</sup> . ويرادف تمبير الالتزامات تمبير الحقوق الشخصية وكلاهما قسم من الحقوق المالية التي تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وقد استعمل القانون المصري القديم لفظ الالتزامات ، بينما استعمل القانون المدني الجديد في القسم الأول من المجموعة المدنية التمييز معاً وقرنها - فجعل العنوان «الالتزامات أو الحقوق الشخصية» غير أن القانون المدني الجديد جعل بعد ذلك لفظ الالتزام هو الغالب في التفصيل وفي العقود وما ينشأ عنها من حقوق شخصية والتزامات .

وقد كان واضعوا القانون المدني الجديد أمام مشكلة وضع تعريف للالتزام عند وضع النصوص الخاصة بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ورأى واضعوا القانون ألا يضموا في المجموعة المدنية تعريفاً للالتزام لأن ذلك كما ذكرت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون — أليق بالفقه — من التشريع وهو مسلك

---

(١) عبد الحى حجازى — نظرية الالتزام — تمهيد .

(٢) المرجع السابق .

جيد إذ أن التعريفات ليست من المحامن التي يحتويها أى تشريع لما لها من صبغة  
فقهاء وما يشور حولها من جمل إذ يشترط في التعريف أن يكون جامعاً مانعاً  
وقد لا يحقق التعريف الذى يوضع في القانون هذا المهدف للنشود . وقد كان  
التعريف الذى ورد للالتزام في المادة ١٢١ من مشروع القانون — هو أن  
الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو يقوم  
بعمل أو يمتنع عن عمل ثم رؤى حذف هذا التعريف من مشروع القانون تجنباً  
للتعريفات بقدر الإمكان وتحرزاً من تأكيد الطابع المادى للالتزام في نص  
تشريعى تأكيداً قد يحمله بطنى على الطابع الشخصى<sup>(١)</sup> ويرى البعض أن  
التعريف الذى يبرز الناحيتين المادية والشخصية في الالتزام كما يبرز عدم  
ضرورة وجود المأمن عند نشوء الالتزام هو أن يكون الالتزام حالة قانونية  
يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن  
عمل<sup>(٢)</sup> ، وهذا التعريف يبرز وجود الدين وهو ضرورى لقيام الالتزام ،  
كما أن الطابع المادى يظهر في تعريف الالتزام بأنه حالة قانونية نظراً لزيادة  
الطابع المادى في فكرة الالتزام — وهى بمد — كما قول المذكرة الإيضاحية  
للقانون للدنى نزعة الشريعة الإسلامية في تصويرها لفكرة الالتزام<sup>(٣)</sup> .

### ملحوظة الالتزام في الفقه الوسطى :

لم يمن الفقهاء المسلمون كما سبق أن ذكرنا في عدة مواضع من هذا البحث  
بوضع نظريات عامة في المساملات وإنما وجهوا اهتمامهم إلى الفروع والمسائل

(١) مصادر الالتزام — الوسيط السهورى — ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩ .

وذلك ظاهر من كتب الفقه على اختلاف المذاهب ، وليس معنى ذلك أن التحليل كان الطريقة المثلى لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أو أنهم لم يعرفوا تأصيل المسائل وإثباتها معناه أن تدوين الفقه وتناوله اتخذ هذه الطريقة منهاجاً له<sup>(١)</sup> مع أن التفكير الفقهى نفسه لم يكن دائماً يتخذ هذا النهج ، ولم يبحث الفقهاء للمسلمون إذا نظرية عامة في الالتزام أو الحق الشخصى أو في علاقة المديونية على اعتبار أن ذلك البحث يؤدى إلى الحلول التى أوردوها في مسائل الفروع فإذا أردنا بيان طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامى فإننا لا نجد تحت هذا المبحث ما يمد نظرية في الالتزام نستطيع منها بيان طبيعته أو عناصره المكونة له ومن ناحية أخرى فإننا لا نستطيع عندما نبحث طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامى ، أن نقيس ما ورد في الفقه الإسلامى بالأفكار التى سادت أو تسود نظرية الالتزام في القانون أو في تحليل الالتزام لأننا إذا فعلنا ذلك أدى بنا إلى نتيجتين كتأنيها لا يرضاها الباحث : أولاً أن يؤدى ذلك بالباحث إلى محاولة فرض لون من الصياغة أو طريقة في التحليل على تشريع له صياغته الخاصة التى سبق أن ذكرنا أنها غريبة في بابها وفي محاولة تقريب الأفكار القانونية من بعضها في هذا المجال فإننا لابد أن نعتبر أحد المثالين هو الأساس في التفكير القانونى وفي ذلك من التحكم بالنسبة إلى الفقه الإسلامى ، أو لنيزه ، ما يجعلنا نتأنى عن ذلك وثانيهما أن الفقه الإسلامى فيه الكثير من الابتداع والتجديد في الفكر القانونى وهو يفقد كثيراً من هذا الإبداع إذا حاولنا أن نفرض صياغة معينة عليه .

---

(١) راجع في شأن تدوين الفقه الإسلامى مذكرات في تاريخ الفقه الإسلامى للأستاذ

ولذلك فإن المقامدة التي نسير عليها في هذا البحث أن نوضح مفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي بنض النظر عن مشابهة هذا المفهوم لما أسلفناه عن مفهوم الالتزام في الفقه القانوني الوضعي ويلزم لذلك التجرد من أساليب التشريعات الحديثة — كما يلزم أيضاً اعتبار المسائل وأحكامها فهي التي توضح الفكرة التي وُجِّهت الحلول التي تناولتها هذه المسائل وهذه الفكرة توضح لنا طبيعة الالتزام والعلاقة التي تقوم بين طرفيه ، وسوف نعتبر أن الدين أو الحق الشخصي أو الالتزام كلها تؤدي معنى واحداً وكذلك أية تسميات واصطلاحات استعمالها الفقهاء المسلمون للتعبير عن العلاقة التي تنشأ الالتزام أو تقرب عليه وهي علاقة الماثلية والديونية فقد استخدم الفقهاء المسلمون لفظ الدين والدين والطلب والفرم والواجب ، وقد ذكر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية أن الفقهاء المسلمين كانوا يكلمون عن الدين بمعنى الالتزام ، أما إذا كان موضوع الالتزام محدداً فسكانوا يكلمون عن القيمة والدين وهو الناحية السالبة للالتزام<sup>(١)</sup> ولذلك

---

(١) والفرق واضح بين الإلزام والالتزام فالإلزام يأتي من الغير والالتزام يأتي من النفس نفسه .

وقد عرف للرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم الالتزام بمناه الحاس بأنه إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو مطلقاً وبالمسالم وهو المراد لإيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره وإرادته من تلقاء نفسه (مذكورة في بيان الالتزامات للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢١ وما بعدها) وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام بأنه كون الشخص مكلفاً بفعل أو بامتناع من فعل لمصلحة آخر وقد يكون الالتزام عقدياً أو غير عقدي كالنصب فهو سبب للالتزام المناسب — وهذا التصريف في الجزء الأول أشبه بتصريف رجال القانون للالتزام (الجزء الأول ص ٤٣٦) .

وعرفه الأستاذ الشيخ علي الحقيف بأنه تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم فكان فاسراً عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته إذا لم يؤمر فيه بالتبطل وهو —

فإن بحث طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي تعتمد أساساً على العلاقة القائمة بين المدين وهو الطرف السالب في الالتزام والدائن وهو الطرف للوجب فيه وعلى موضوع الالتزام وسلطة الدائن به في الفقه الاسلامي ، ومدلول الالتزام لفئة إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له — وفي عرف الفقهاء إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو مطلقاً على شيء<sup>(١)</sup> — وهو تعهد شخصي لا يسأل عنه غير للتعهد فكان فاعراً عليه في حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال ، وهو قسري واختياري واختياري نوعان ما ينتج من تعاقد أو من عهد قطعه الإنسان على نفسه ، والنوع الأول لازم وغير لازم وهو تعريف الأستاذ الشيخ علي الخفيف — وظاهر أنه في الجزء الأول منه يوصفه تعهداً شخصياً يقترب من فكرة القانون الوضعي وفي الجزء الأخير في تحديد مداه يقتصر بتحديد القمة — والالتزام القسري لادخل للإرادة فيه الاختياري

---

= نوعان اختياري ما كان بإرادة الإنسان واختياريه فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوباً منه من قبل والقسري ما كان نتيجة لازماً من له حق الإلزام ( بحث في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١١ ص ٥١٥ - ٥١٦ )

وعرف الدكتور حفيظ شعاعه الالتزام في الفقه الاسلامي بأنه عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين ومما الارتباط يسميه الفقهاء المطالبة ( النظرية العامة للالتزامات ص ١٨٧ وما بعدها ) .  
وعرف الدكتور عبد الناصر الطار الالتزام في الفقه الاسلامي بأنه إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً ص ٤٤ من رسالته ( الأجل في الالتزام ) .

والواقع أن فكرة الالتزام تختلف في الفقه الاسلامي عن فكرة الالتزام في القانون الوضعي وقد اكتفى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي باستعمال لفظ الالتزام على معناه في القانون الوضعي ص ١٠ وما بعدها .

( ١ ) فتح البلى للمصنف — ص ١٨٠ — ٢٠٠ — رسالة المطالب في الالتزام .

( ١١ — سبب الالتزام )

ينقسم في القانون الوضعي إلى الالتزام الناتج من عقد والتأثي من إرادة منفردة<sup>(١)</sup>. وقد اقتصر الأستاذ السهوري على اعتبار الالتزام في الفقه الإسلامي بمعنى الالتزام والغيبان<sup>(٢)</sup> — والواقع أن لفظ الدين كان يترادف مع الالتزام عند فقهاء المسلمين والذين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب إذ المقصود الفائدة الحاصلة منه<sup>(٣)</sup> والواقع أنه من السير أن نثر على تعريف للالتزام في الفقه الإسلامي يقارب تعريف القانون الوضعي للاختلاف الأصيل بينهما في الصياغة

### الحق :

أما الحق فقد عرفه البعض بأنه صفة شرعية بها يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان للمالية تصرفاً مشروطاً ، وهو حق ملك الشيء ذاتاً ومنفعة وحق الارتفاق<sup>(٤)</sup> — وذكر البعض أن الحق يطلق في الفقه الإسلامي على كل عين أو مصلحة يكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة للمطالبة بها — كما يطلق أيضاً على المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق اختيار وحق الشفعة<sup>(٥)</sup> وقد قسم الحنفية الحق إلى نوعين حق مجرد وحق غير مجرد ، فالحق المجرد ما كان غير متقرر في محله ولا يترتب على تملكه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته

---

(١) بحث الأستاذ الشيخ على الخفيف في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١١ ص ١٥٠ وما بعدها .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي — الدكتور السهوري ج ١ ص ١٠٤ ، ٩

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٤١٩

(٤) المعاملات للرحوم الأستاذ أحمد أبو الفتح ط سنة ١٩٢٣ ص ٣٠

(٥) الأستاذ الشيخ على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية هامش ص ٢٨ و ٢٩



كحق الشفعة مثلا فهو نوع من الولاية ولا يتعلق حق الشفعة بالمقار للبيع مثلا إلا على هذا الوجه فلسكية للشئى للمقار هي بينهما سواء أخذ الشفع أم ترك وكذلك الحال في حق الدين بالنسبة للدائن ، أما الحق غير المجرد فهو حالة تعلق الحق بمصلحة تعلق استقرار - بمعنى أن لصاحبه أثرًا وحكما كحق القصاص فهو متعلق بالجاني يصير به غير معصوم الدم فإذا تنازل ولى الدم أصبح دمه معصوماً<sup>(١)</sup> - وعرفه الأستاذ الشيخ على الخفيف في كتابه الحق والقيمة بأنه مصلحة مستتقة شرعا ، وعرفه البعض بأنه مطلب بقوة الشرع لشخص على آخر وهذا الحق قد يكون ما يتعلق به قيامًا بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق أو امتناعا عن فعل مناف لمصلحته<sup>(٢)</sup> ، وهذا التعريف قاصر على الحق الشخصي أى الالتزام ، أما الحق المسمى فإن العلاقة فيه تقوم بين الشخص والشئ<sup>(٣)</sup> .

ومقابل ذلك نجد أن الحق في القانون هو مصلحة مالية يقرها القانون للفرد<sup>(٤)</sup> أو هو القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون<sup>(٥)</sup> . وعلى ذلك فكل علاقة قانونية يكون فيها أحد الطرفين ملتزماً قبل الآخر بصمل يمتنع عن مصلحة له يسمى الطرف الدائن فيها صاحب حق شخصي ويسرى ذلك على القود والأفصال الضارة والنافعة على السواء فكل من طرفي العقد له حق شخصي قبل صاحبه ، فالشئى له حق تسلم للبيع والبائع له حق قبض الثمن ، والمضروب له حق التمييز قبل من أضربه بخطفه وفي مقابل

(١) المرجع السابق .

(٢) مصنف لزرقا - المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي - طاعة ١٩٥٨

ص ١٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) نظرية العقد الشهورى ص ٢٠

(٥) النظرية العامة للحق للكتور بشيق صفحاته ٧٠ و ٨٠

الحق يقع الواجب أو التكليف أو الالتزام على الطرف الآخر فإذا وفى بما  
وجب عليه أو ما يلتزم به اختياراً كان وجود سلطة المائن لانتضاء حقه  
جبراً ، أو عدم وجودها أمراً غير منظور إليه فى تحديد صفة الحق وما يخوله  
لصاحبه من سلطة يستطيع بها انتضاء حقه جبراً عن الملتزم بأدائه إليه ، أما إذا  
لم يوف المدين أو الملتزم بما عليه جرى البحث فيما يخوله الحق للشخصى لصاحبه  
من سلطة أو وسيلة لانتضاء حقه جبراً عن الدين به .

### الزمة والالتزام :

الزمة فى اللغة العهد ويكون العهد سبباً للمطالبة أى يطالب به الانسان  
ويطالب به ، وتفيد الزمة معنى العهدة التى تكون للشخص فى تحمل الحقوق  
واصطلاحاً - الزمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الانسان أهلاً للوجوب له  
والوجوب عليه والزمة أو أهلية الوجوب لا تكون إلا لانسان حى ، وقد  
وردت الزمة بمعنى العهد فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون  
تحمكاً دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » أى أن العهد أو الأمان الذى يصدر من  
أحد المسلمين لفرد أو جماعة يلتزم به المسلمون جميعاً فلا ينقضه أحدهم ، وقد  
عرفها بعض الفقهاء بأنها « وصف شرعى يصير به الانسان أهلاً لماله  
وما عليه <sup>(١)</sup> » أو أنها أمر شرعى مقدر وجوده فى الانسان يقبل الالتزام  
والالتزام <sup>(٢)</sup> ، وفرق البعض بين الزمة وبين أهلية الوجوب فالانسان يولد

(١) تنقيح الأصول ج ٣ ص ١٥٢

(٢) الأشباه والنظائر ، الحاشية ص ٢١٠ ، ومضى وصف يصير به الانسان أهلاً لماله  
وما عليه راجع دكتور سلام مذكور فى المسئلة للفقهاء الاسلامى ص ٣٤٠ والمماشى ٣ و٤ ،  
وابن عبد السلام الشافعى - فى قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٠٩ يعرف الزمة بأنها تقدير أمر  
فى الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .

وله ذمة سالحة للوجوب بإجماع الفقهاء، أما أهلية الوجوب فهي بناء على قيام القصة أى لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة سالحة لأن القصة هي محل الوجوب ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال<sup>(١)</sup>. وينتقد الأستاذ مصطفى الزرقا الخلط بين القصة وأهلية الوجوب إذ أن بعض كلام الأصوليين لا يخلو من خلط بين التمييزين كما جاء في مرآة الأصول شرح مرآة الوصول من « أن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعره كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه فتلك الخصوصية هي المراد بالقصة » وأن تعريف القصة بأنها وصف أو معنى شرعى مقدر فى الإنسان يقبل الالتزام والالتزام أو يصير به أهلاً لوجوب ماله وماعليه هو ذهاب بالقصة إلى معنى أهلية الوجوب بمعناها، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ذمة الإنسان هي نفسه كما قال نضر الإسلام البزدوى « إن القصة نفس لما عهد »، والمقصود بذلك جعل القصة أمراً ذا وجود حقيقى واقعى لا تكون الأحكام الشرعية مبنية على توى افتراضى لا وجود له وهو من قبيل المجاز بإطلاق اسم الحال<sup>(٢)</sup>.

واقتراض القصة أو وجودها فى الإنسان له أهمية عملية من جوانب عديدة ذلك أن الإنسان بواسطة هذا الافتراض يستطيع أن يوسع من دائرة معاملاته إلى ما لا حده إذ القصة تقبل أن تشغل بالديون إلى ما لا حده له وتكون يد الشخص حرة فى أعيان ماله يتصرف فيها كيف يشاء إذ الديون شملت ذمته

(١) للدخول إلى نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقا من ٢١١ علا عن شرح أصول نضر الإسلام للبشارى .

(٢) للرجع السابق من ٢١٣ — ٢١٥ على أن يبنى الفقهاء قد ميز بين القصة وأهلية الوجوب صراحة وانتقد أيضاً الخلط بينهما ، الفروق للقرائى ج ٣ من ٢٢٦ إذ انتقد الخلط بين القصة والأهلية بالنسبة للصبي غير المميز .

ولم تتعلق بميث من الأعيان ، ولولا افتراض القيمة وأنها تشكل بالديون .  
والالتزامات لما استطاع الشخص أن يكون في معاملاته حراً مادام كل دين .  
يتعلق بمعين أو بجزء من ماله معيناً ومحددًا ، والقيمة بذلك هي محل اعتباري .  
مقدر في الشخص تشبه الديون التي تتحقق عليه فالقيمة تثبت للإنسان فلا يوجد  
شخص لادئمة له لأنها من لوازم شخصية الإنسان ، والقيمة لاحد لها لأنها أمر  
اعتباري يتسع لكل ما يصور من الحقوق ، ولا يكون للشخص أكثر من  
قيمة ولا يشترك معه غيره فيها .

ونبحث الالتزام من حيث أطرافه وموضوعه ومركز طرفيه الدائن والمدين .  
في الفقه الإسلامي .

#### الالتزام والأطراف :

وعلاقة الالتزام تتضمن طرفين هما للالتزم والملتزم له أو الدين والدائن .  
ووجود اللتزم أمر ضروري لأنه عليه الأداء والتكليف ولا ينشأ دين بخير ذمة  
يشغلها عند إنشائه ، ومن المسلم أنه يمين وجود الدين عند إنشاء الالتزام .  
أما الدائن فإن فروع الفقه الإسلامي تسمح بالقول بأنه ليس من الضروري  
وجوده وقت إنشاء الالتزام وإن كان وجوده وقت القبض أمر لا بد منه حتى  
تتحقق علاقة الالتزام . فعندما يبيع الإمام السلب في الجهاد يكون لمن قتل  
قتيلاً أن ينال سلبه وقد ورد مثل هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من  
قتل قتيلاً فله سلبه » (١) .

والسلب يستحق بقول الإمام عبد الإمام مالك وبالقول عند الشافعي  
وابن حنبل رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة يستحق بقول الإمام وذلك راجع إلى

---

(١) الدر المختار ج ٣ ص ٢٣٨ -

الخلافاً في أنه وقع من الرسول صلوات الله عليه بحكم الفتيا أو بحكم الإمام لأن ما وقع من تصرفات الرسول بالإمامة لا يستحق إلا بإذن الإمام ، وما وقع بطريق الفتيا لا يحتاج إلى إذن الإمام<sup>(١)</sup> وكذلك يجوز أن يوجه الإنسان الطلب إلى غير مدين ويلتزم قبله إذا تبين كما في الجملة وهي ثابتة بقوله تعالى في سورة يوسف ( قالوا فقد صوّعَ للكَ ولمن جاء به حلٌّ بعير وأنا به زعيم ) وشرط البعض للاستحقاق أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو أشخاص معينين باعتباره لإجارة على عمل<sup>(٢)</sup> وقال ابن حزم لا يجوز الحكم بالجلل على أحد فن قال لآخر أن جئني بمبدى الأبق فلك على دينار أو قال إن فلت كذا فلك على درهم فإني لم يقض عليه بشيء ويستحب لو وقى بهده ، واستدل على ذلك بأن العقود التي أمر الله بالوفاء بها هي العقود التي سماها وأن كل ما عداها حرام عقده وكذلك فإن العقود ليست جميعاً لازمة كأن يعقد الإنسان على نفسه أن يصنع شيئاً لا يجب عليه ، وكذلك فإن شريعة من قبلنا لا تلزمنا في خصوص الحكم الذي ورد في سورة يوسف لقوله تعالى : ( لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً )<sup>(٣)</sup> وقال ابن حزم فإن قيل أنه وعد فإنه ليس كل وعد يجب الوفاء به وإنما يجب الوفاء بالوعد بالواجب الذي افترضه الله تعالى فقط ولا يلزم أحداً ما التزمه لكن ما ألزمه الله تعالى به<sup>(٤)</sup> .

غير أن رأى ابن حزم المتقدم فيه تضيق في حرية الشخص في الالتزام

(١) الترويق للقرافي ج ٣ ص ٧٢ .

(٢) رد المحتار ج ٣ ص ٣٢١ .

(٣) المجلد ج ٨ ص ٢٠٤ — ٢٠٥ ط المنيرة .

(٤) المرجع السابق ص ٢٠٥ — ٢٠٦ ، وهو رأى منتقد لما فيه من التضيق ولأن

الأمر بالوفاء بالعقود ورد عاماً .

بارادته وسنشير إلى ذلك فيما بعد . على أن الفقه الاسلامى على إجازة إنشاء الالتزام فى الجعاقدون أن يكون الهائن معيناً ويجب الجمل بتمام العمل ولا يجب بعضه ببعضه وبموز الرجوع فيه قبل الشروع فى العمل لأنه من العقود التى لا تستلزم مصلحة مع الزوم<sup>(١)</sup> ، وأكثر اختلاف الفقهاء فى لزوم العقد ووقت الزوم مما لاجابة لتفصيله .

### موضوع الالتزام :

والالتزام قد يكون موضوعه ديناً يقرر فى ذمة المدين فإذا اقترض شخص من آخر كان القترض مديناً والتزامه موضوعه الدين الذى يجب عليه الوفاء به وكذلك التزام المشتري بشئ المبيع فهو التزام بدين ويثبت فى الذمة ويلتزم المشتري بأدائه فى وقت البيع أو الوقت المحدد فى العقد وقد يكون موضوع الالتزام عملاً كما فى عمل الأجير إذ يستحق الأجر مقابل العمل والالتزام بالدين أو بأدائه عمل لاشبهة فى جوازه ، إذ كل العقود التى تناولها الفقهاء تقريباً لا يخرج عن الالتزام بالدين أو بالعمل كالاجارة على عمل والمزارعة والمساقاة وغيرها مما يكون فيه الالتزام منصباً على عمل ويلتزم به أحد أطراف العقد ومن الالتزامات ما يكون موضوعه العمل والشئ كما فى عقد الاستصناع وهو متفق على جوازه للحاجة إليه والتعارف عليه ، وقد يكون موضوع الالتزام عيناً معينة إذ يتكلم الفقهاء عن الالتزام إذا كان عمله ديناً وإذا كان عمله عيناً كتسليم المبيع فى عقد البيع سواء كان عقاراً أو منقولاً والالتزام بالعين لا يقبل التأجيل لأن الأصل أن التأجيل لا يكون إلا ما يثبت فى الذمة .

---

(١) زاد الماد فى مبدى خير المباد لابن القيم الجوزى — طبعة الميمنية ج ١ ص ١١٣

وقد يكون موضوع الالتزام امتناعاً عن عمل وعن لا تتكلم هنا عن الالتزامات التي يفرضها الشرع على الكافة بالامتناع عن فعل ما نهى عنه الشارع فإن ذلك بطبيعة الأمر مسلم في الفقه الاسلامي ، إذ التكليف والالتزام بالامتناع عن عمل معين هو مما يقع في مقدور المكلف وليس هناك ما يمنع من التكليف به عقلاً وقد ورد الشرع بذلك في أحوال كثيرة يدخل فيها بطبيعة الحال الالتزام بدم الأضرار بالنذر وعدم التدي على نفسه وماله وكل ذلك أمر سلبى لا يقتضى من المكلف سوى الكف عن فعل ما نهى عنه الشارع ، أما أن يكون الالتزام عبارة عن الزام بالامتناع عن عمل جائز فإن ذلك لا يظهر من كتب الفقه جوازاً ، كما لو اتفق شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً معيناً إذا هو امتنع عن القيام بعمل معين يكون من حقه أن يقوم به ، على أن الالتزام بالامتناع عن عمل جائز في الفقه الاسلامي عند المالكية ذلك أن حقوق الارتفاق عندهم غير محصورة فيجوز للشخص أن ينشئ التزاماً على نفسه بالألا يقيم في أرض يملكها بناء وذلك مراعاة لشخص آخر لقاء مبالغ من المال أو لقاء امتناع للمالك الآخر عن فعل الفعل ، أما الحنفية فإن حقوق الارتفاق عندهم محدودة وهي حقوق الشرب والطريق والحجرى والسيل والتمل والجوار - وإنشاء حقوق الارتفاق تقييد للملكية فهو بذاته استثناء لا يتوسع فيه ومن ثم لا يجوز أن ينشئ الشخص حقوق ارتفاق على نفسه غير ما جرى بها الشرع - والبحث هنا في الالتزام الذي يكون أصلاً عبارة عن امتناع عن عمل ويكون هذا العمل من حق الشخص القيام به .

على أن الامتناع عن عمل يصح أن يكون محلاً للالتزام وقد ورد كثير

من ذلك في كتب الفروع في الفقه ومن ذلك أنه يجوز للزوجة في عقد الزواج أن تشترط على زوجها ألا يسافر بها إلى بلد بعيد فيصح هذا الشرط مع أن من حق الزوج أصلاً السفر بزوجه . كما نص المالكية على أنه إذا اتفق للشرى في البيع بالمراد مع أحد مفاقيه على أن يكف عن الزيادة في الثمن لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق المبلغ سواء ابتاع للشرى السلعة أم لا<sup>(١)</sup>.

### سلطة الدائن بالالتزام في الشرائع القديمة :

إذا عرفنا أن الالتزام حسبما يتضح من اللفظ هو في ذاته قيد على الدين به كان من الواجب أن نعرف ما يمنعه هذا القيد لصالح الدائن من حق يملكه قادراً على استيفاء الالتزام إذا لم يوف به الدين اختياراً ، والشرائع في ذلك ما بين شريعة تأخذ للدين بالرفق وأخرى تأخذه بالشدّة ، وقد ذهب الزمن كثيراً من أحكام الشرائع القديمة بالنسبة لسلطة الدائن على الدين .

ففي الشرائع القديمة يستتج من عبارات العقود المصرية القديمة أن المصري القديم كان عند تدايه يعتقد أن تأخيره في الأداء قصير ديفى ، وكان عقابه بالتفريم أى دفع مبلغ معلوم من المال أو الغلال للتكفير عن مصيبته ومن أنواع التفرامات التي أحدثها قدماء المصريين في حالة تأخر المدين عن الاداء التزامه بأداء كفارة لغزينة الكفارات الخاصة بالملك وعلى عبارة عن مقدار من المال يشترطه الطرفان وقت التذيان فوق التفرامة التي تؤدّى للدائن فإذا حل الأجل وتأخر المدين عن الاداء رفعت الشكوى إلى الحاكم فيحكم على المدين بالدين والجزاء ، ويأمر الحاكم ببيع ما يكفي من أمتعه لاداء المطلوب من أصل وغرامة

(١) معطى الزرقا — في الدخل لل نظرية الالتزام ص ٨٢ الماشر طبعة سنة ١٩٥٨ .



وإن كان المدين معسراً حبسوه كما يحبس من يتأخر في سداد الأموال الأميرية<sup>(١)</sup> وهذا النظام المصري القديم كان فيه سمات من المنطق والبعد عن القسوة مع الدين فيبيع مال المدين أمر مازال هو وسيلة التنفيذ على المال، والحبس قد تناوله بعض الشرائع المتقدمة كالشريعة الإسلامية إذا كان عدم الوفاء في ذاته ظلماً للدائن .

وقد كان التنفيذ الجبرى في القانون الرومانى القديم ينصب على جسم المدين ، ولم يكن القانون الرومانى القديم يعرف سوى طريقة واحدة لتنفيذ الالتزام بالدائن وهى أن يقود الدائن مدينه أمام القضاء بفرض إخضاعه لسلطته ولا يستطيع المدين أن يتحرر من سلطة الدائن إلا بدفع ما عليه فإذا لم يدفع ما عليه يسلم المدين إلى الدائن الذى يقيده لديه ، وقد نظمت نصوص الألواح الإثنى عشر شروط هذا الحبس - وخلال مدة الحبس كان الدائن ملزماً بإقيداد المدين إلى ثلاثة أسواق متتابة فى اليوم المحدد للسوق ويعلن بصوته العالى مقدار الدين وفى نهاية سقين يوماً إذا لم يدفع الدين كان المدين السء الحظ يساق إلى الموت أو يباع كعبد إلى أى أجنبي<sup>(٢)</sup> وفى نهاية عصر الجمهورية كانت طريقة التنفيذ على جسم المدين قد تعدلت فإذا لم يدفع المدين دينه فإنه لا يقاد إلى الموت أو يباع كعبد ولكنه كان يقيده لدى الدائن الذى كان له أن يكرمه على العمل لديه ، ومن الطبيعى أن يعتبر النظام الثانوى القديم لدى الرومان نظماً قاسياً لم يراع فيه سوى جانب الدائن إذ لم يصل القانون الرومانى إلى التنفيذ على مال المدين فحسب إلا بعد تطور طويل ويقول البعض أن ذلك

(١) المقارنات والمقالات لمحمد حافظ ص ٥٨٣، ٥٨٤ وما يشير إليه من مراجع .

(٢) التحليل المزدوج للالتزام ص ٥٣ - كومبارنو : رسالة من جامعة باريس .

التطور كان بعد اختلاط الرومان بأهل المشرق وإطلاعهم على الشرائع الدينية القديمة ، وهى على العموم كانت أخف وطأة من قتل المدين أو بيعة فى أحكامها<sup>(١)</sup> .

### محدود سلطة المدين فى الفقه الإسلامى :

أما سلطة المدين على مدينه فى الفقه الإسلامى فهى فى أشد حالاتها ليست سوى تقييد لمخرجه ، وفى الحدود التى تؤدى إلى قضاء الدين إذ ينظر الشارع الإسلامى إلى منع الظلم كهدف ، ويكون الظلم لاحقاً بالمدين إذا كان معسراً لا يستطيع الوفاء ويجس فى الدين ، ويكون الحال على خلاف ذلك ويلحق الظلم بالمدين إذا كان المدين قادراً على وفاء الدين وجس الوفاء عن المدين ظلماً .

وفى حدود هاتين الفكرتين الأساسيتين بحث علماء الفقه الإسلامى سلطة المدين على المدين ، فالتشدد دائماً يكون لمواجهة ظلم المدين بطله مع قدرته والتيسير دائماً على المدين الذى يثبت إعساره وهذه الصياغة تتفق مع مصدر الفقه الإسلامى وهو مصدر دينى كما أنها بجانب ذلك لا تنبؤ عن المنطق ولا تخالف مصلحة المدين أو المدين .

ونجد فى جانب الرأفة بالمدين والنظرة إليه بما يقتضى منها . قوله تعالى :  
( وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ) والآية خاصة بالرفق بالمدين المعسر أى الذى لا يؤدى التزامه فى الأجل المقرر له ، وقد ذهب ابن عباس فى تفسير هذه الآية إلى أنها خاصة بدين الربا

(١) المقارنات والمقابلات . لمحمد حافظ ص ٧٨ ط ١٩٠٢ .

فسكان يشرح للقاضي حبس للدين للمسرف غير الربا من الديون ، وذهب بمض الفقهاء الآخرين إلى أن هذا الحكم وهو التأجيل والإعذار والرفق بالدين خاص بدين الربا وغيره فهو يخص الدين مطلقاً وهو الرأي الصحيح وإلا لزم تخصيص لنقض الموم « ذو عسرة » من غير دليل <sup>(١)</sup> .

ويقول الجصاص الحنفى في أحكام القرآن أن قوله تعالى « فنظرة إلى ميسرة » ( ينصرف إلى وجهين ) إما أن يكون وقوع الانتظار وهو تخليته من الحبس وترك عقوبته إذا كان غير مستحق لها لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل مثل النفي ظلماً فإذا ثبت إعساره فهو غير ظالم فأمر الله بانتظاره من الحبس فلا يوجب ذلك ترك ثروته ، أو أن يراد التنبه والارشاد إلى إنظاره بترك لزومه ومطالبته والزموم لا يمنعه من التصرف فيما معناه أن يكون معه من قبل الطالب من يراعى أجره في كسبه وما يستفيدة فيترك له مقدار القوت ويأخذ الباقي قضاء من دينه وليس في ذلك إيجاب حبس ولا عقوبة <sup>(٢)</sup> ومقتضى ذلك أنه لا إكراه في التنفيذ لاقتضاء الدين بل الرفق بالدين وإنظاره إلى ميسرته أو أن يكون لزوم الدائن للدين مما لا يقيد حرية الدين ولا يضيق عليه بل يكون الفرض منه هو ضمان استيفاء الدين مما يفيض عن حاجة الدين من كسبه كما تقدم وليس في ذلك إيجاب حبس أو عقوبة كما يقول الجصاص الحنفى ، ويقول ابن قيم الجوزية « كان على رضى الله عنه لا يحبس في الدين ويقول أنه ظلم قال أبو داود في كتاب السنن حدثنا عبد الله بن عثمان يصفى ابن معاوية عن محمد بن علي قال : قال علي :

(١) مذكرات في البيوع للرحوم الأستاذ محمد يوسف موسى : دبلوم معهد الفريعة

الإسلامية سنة ١٩٥٨ \*

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٦٨ ط المطبعة البغية .

« حبس الرجل في السجن بعد معرفة ما عليه من الحق ظلم » وقد روى ذلك أيضاً عن علي بن أبي طالب من طريق آخر - قال أبو نعيم حدثنا إسماعيل ابن إبراهيم قال : سمعت عبد الملك بن عير يقول : « إن علياً كان إذا جاءه الرجل بنزيمه قال له عليه كذا يقول اقضه . فيقول : ما عندى ما أقضيه . فيقول غريمه أنه كاذب وأنه غيب ماله فيطلب علي رضي الله عنه من الدائن أن يستعلف مدينه علي أنه لم ينيب ماله ، فإذا لم يرض الدائن باستعلاف مدينه سأل علي عما يريد . فيقول : أريد أن تحبسني . فيقول له علي : لا أعينك على ظلمه فيقول الدائن إذا ألزمته ، فيقول له علي ، إن لزمته كنت ظالماً له وأنا حائل بينك وبينه <sup>(١)</sup> .

ويقول ابن قيم الجوزية : إن هذا الحكم عليه جمهور الأئمة فيما إذا كان عليه دين من غير عوض مالى كالإتلاف والضيان والهرق فإن القول قوله مع يمينه ولا يحمل حبسه بمجرد قول التزيم أنه ملئ وأنه غيب ماله إذ لا يقبل قول غريمه عليه دون أن يكون هناك أصل من بدل أو عوض وهذا ما ذكره أصحاب الشافعي ومالك وأحمد وأما أصحاب أبي حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام قسم عن عوض مالى كالقرض وثمن البيع ونحوه ، وقسم لزمه بالتزامه كالكفالة والهرق وعوض الخلع ونحوه وقسم لزمه بالتزامه وليس في مقابلة عوض كبذل التلف وإرش الجنابة وفقه الأطراف والزوجات وفي التقسيم الأولين يسأل للدعي عن إعسار غريمه فإن أقر بإعساره لم يحبس له وإن أنكر

---

(١) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ص ٣٣ - ٧٤ ط سنة ١٩٦١ والأصل أن يقوم الدين من نفسه بالوفاء بالدين أو الالتزام لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » يراجع المحرر بسبب الدين : رسالة أحمد على الخطيب ص ١٥٩ .

إعصاره وسأل حبسه يحبس له لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده أما إلتزامه بقسم الآخر باختياره فهو يدل على قدرته على الوفاء .

ويقول ابن القيم الذى يدل عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع أنه لا يحبس فى شيء من الديون إلا أن يظهر بقرينة أنه قادر بمأطل سواء كان دينه عن عوض أو عن غير عوض وسواء أزمه باختياره أو بنزير اختياره فإن الحبس عقوبة لا تسوغ إلا إذا تحقق سببها ، وقد قال الله صلى الله عليه وسلم لفرماة الفلاس الذى لم يكن له ما يوفى به دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ولم يحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دين قط ولا أبو بكر بعده ولا عمر ولا عثمان وقد ذكرنا قول على رضى الله عنه <sup>(١)</sup> .

ويقول ابن حزم الظاهرى : « ومتى ثبت للفلاس عليه حقوق من مال أو مما يوجب غرم مال يبيته عدل أو باقرار منه صحيح بيع عليه كل ما يوجد له وانصف الترماء ولا يميل أن يسجن أصلا » <sup>(٢)</sup> إلا إذا وجد له من نوع ما عليه فينتصف الناس منه من غير بيع كمن عليه دراهم ووجدت له دراهم وهكذا فى كل شيء لقوله تعالى : ( كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ) ولتصويب رسول الله صلى الله عليه وسلم قول سلمان : « أعط كل ذى حق حقه » ويقول رسول الله : « مغل الفنى ظلم » فسجنه مع القدرة على انصاف غرمائه ظلم له ولهم مما وحكم بما لم يوجب الله تعالى قط ولا رسوله وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم سجن قط <sup>(٣)</sup> .

(١) المرجع السابق ص ٧٥ .

(٢) المحل لابن حزم ج ٨ ص ١٦٨ للسألة ١٧٧٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦٨ .

وقد رد ابن حزم على من قال بجواز حبس للدين استناداً إلى رواية عن طريق أبي بكر بن عياش : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة » وعن طريق أبي مجاز : أن غلامين من جهينة كان بينهما غلام فأعتقه أحدهما فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمته ، ورد ابن حزم الروایتين لأن رواية أنس عن أبي بكر بن عياش وهو ضعيف ، وحديث حبس الغلام حتى باع غنيمته مرسل ولا حجة في مرسل ولو صح لما كان فيه حجة لأنه قد يخاف عليه الهرب بنعيمته فحبس بسببها ، وقد يكون الحبس إمساكاً في اللدينة وليس فيه أصلاً أنه حبس في سجن — كما احتج ابن حزم برواية عن أبي سعيد الخدري قال : أصيب رجل في ثمار ابتاعها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكثر دينه فقال عليه السلام تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال عليه السلام لزمائه : « خزنوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » فهذا نص جلي على أنه ليس لهم شيء غير ما وجدوه وأنه ليس لهم حبسه وأن ما وجد من ماله للزماء . كما أورد برواية أخرى : أن رجلاً أتى أباه مرة بآخر فقال له إن لي على هذا ديناً فقال للرجل ما تريد قال احبسه فقال أبوه مرة لا ولكن بطلب لك لنفسه ولعاليه ، وقد أمر الله تعالى بالقيام بالقسط ونهى عن اللطل والسجن مطل وظلم<sup>(١)</sup> . على أن ابن حزم أجاز لإجارة للدين إذا كان يقتدر على ذلك لو فاء الدين والدين عنده يقضى من فضول الرزق

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٠—١٧٢ ، وتفسير ابن حزم للحبس على أنه قد يكون إمساكاً بالمدينة غيب يقضى مع علم وجود سجن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لا يتعارض مع الرواية التي ذكرت الحبس لأنها ذكرته مطلقاً يصح عن الحبس في مكان له أو الإسك في المدينة .

وهي التي لا يصح أن الله تعالى آتاهها الإنسان إلا ببينة . ذلك أن إجازة استئجار  
الدين لا تتعارض مع الإظهار فهي من باب السعي لإجبار الدين على التكسب  
لنرمائه ولنفسه ولعياه<sup>(١)</sup> .

على أننا نجد إلى جانب ذلك من الآراء التي لا تجيز حبس الدين ولا تجيز  
القسوة عليه بفرض استيفاء الدين آراء أخرى ، أخذ مراعاة لجانب المائت وقد  
ورد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لى الواجد ظلم يحمل عرضه  
وعقوبته » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وابن حنبل ، كذلك رواية عن  
هراس بن حبيب رجل من أهل البادية عن أبيه قال : « أتيت النبي صلى الله  
عليه وسلم بنريم لى فقال لى أئزمه ثم قال : « يا أبا بنى نيم ما تريد أن تفعل  
بأسيرك » رواه أبو داود وابن ماجه ، ثم مارواه الدارقطنى عن كعب بن مالك  
أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل فى دين كان عليه ، ويقول  
الخصاص الحنفى قال تعالى : ( وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون  
ولا تظلمون ) فجعل الدين للمطالبه برأس المال وقد تضمن ذلك أمر القدى عليه  
الدين بقضائه وترك الامتناع عن ذلك فإنه متى امتنع عنه كان ظالماً ولاسم  
الظلم مستحقاً وإذا كان كذلك استحق العقوبة وهي الحبس ، وافق الجميع على  
أنه لا يستحق العقوبة بالضرب فوجب أن يكون الحبس لاتفاق الجميع على أن  
ما عدها من العقوبات ساقط عنه ، وإذا كان موسراً ترك فى الحبس أبداً حتى  
بقى الدين وإن كان موسراً أخلى سبيله<sup>(٢)</sup> . وبعض الفقهاء فرق بين ما إذا

(١) المرجع السابق ص ١٧٣ .

(٢) أحكام القرآن ج ١ ص ٦٣ - ٦٤ . المطبوعة البنية ، ومن باب مراعاة المائت  
ماورد من أن الميت مرتين يدينه — نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٧ وأنه يحمل شكايته وحسبه -  
( ١٢ — سبب الالتزام ) .

كان الدين أصله من مال وقع في يد الدين كآمان البياعات والعروض فيحبسه به. والم يكن أصله كذلك كالهر والصلح والكتابة فلا يجبره حتى يثبت وجوده وملاحة<sup>(١)</sup>.

### مدى سلطة الرأى بالحد التزام :

الحبس — الملازمة — البيع الجبرى — الحجر :

وهذه الأحاديث توضح أن للدائن أن يعاقب مدينه على مطله ويملكه له في القول في السر والعلن وله أن يأسره وأن يلزمه حتى يؤدى الدين، وللملازمة كما شرحها الجصاص « أن يكون مع للدين رجل من قبل الطالب يراعى أمره في كسبه وما يستفيد منه فيترك له مقدار القوت يأخذ الباقي قضاء لدينه فليس في ذلك إيجاب حبس ولا عقوبة<sup>(٢)</sup>. كما أن للدائن طلب حبس مدينه فضلا عن ملازمته عند الامتناع عن الوفاء مع القدرة عليه وكذلك له بيع جانب مما يملكه للدين جبراً عنه<sup>(٣)</sup> ولكن يأمره القاضي بأداء الحق قبل ذلك، وإذا وعد المدين الظاهر عليه اليسار الجهورى للسال بقضاء الدين المطلوب منه وطلب

---

— المرجع السابق ص ٣٤٠ — ومن أنه ورد أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يصل على ميت عليه دين حتى وفاه أحد الصحابة سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٣ — غير أنه ورد بعد ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من مات وعليه دين فلي قضاؤه » ويلاحظ أن عدم الصلاة على الميت في الحالة الأولى يصل بالجزء الأخرى لحبس، وأنه لم يحدث مطلقاً بل ولى أحد الصحابة الدين وصلى عليه الصلاة والسلام على الميت فكان في إشارته الأولى عليه السلام مجرد تلبية على وجوب الوفاء بالدين ولى نظرنا أنها خرجت عن معنى العقوبة.

(١) المرجع السابق — وأجاز البيض الضرب إذا ظهر عتاد الدين ومطله — فتح العزيز

ج ١٠ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٢) أحكام القرآن ج ١ ص ٤٧٨ .

(٣) الفتاوى الهندية « باب الحبس والملازمة » ج ٣ ص ٤١٢ — ولى مفروعية الحبس أن الرسول صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً ساعة من نهار ثم خلى سبيله — التلخيص الجبر ج ١٠ ص ٢٢٨ .



تأخير الحبس زمناً يسيراً كيوم أو خمسة يحاب طلبه ويؤخذ منه كفيل بالمال. وإن لم يأت بكفيل سجن ، ولكن يعمل للدين الظاهر الحال أو مجهول الحال. إذا طلب التأجيل لبيع عروضه إن أعطى كفيلاً بالمال<sup>(١)</sup> وفي بيع المال كما جاء في الفتاوى الهندية في باب الحجر يباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار. ويبيد بالأيسر فالأيسر وهذا مماثل أصول التنفيذ في الوقت الحاضر من البدء بالتنفيذ على النقول ، وما يلجأ إليه المشرع من جعل إجراءات الحجز على العقار طويلة ومتعددة بخلاف إجراءات الحجز على النقول ، وكل ذلك يقصد به أن يكون نزع ملكية العقار حيث لا يبقى الدين غيره وفي هذا الحكم بلاشك حماية للدين ومراعاة لجانبه إذ العقار هو الذي يزل إيراداً قد يمكن سداد الدين منه. وبذلك يكون تنفيذ الالتزام جبراً معروفاً في الفقه الاسلامي عند الامتناع عن الوفاء ويكون الالتزام متضمناً عندهم الاكراه وهو ما يميزه عن غيره من الواجبات الشرعية التي يحض عليها الاسلام كالاكراه إلى التقير أو اكرام الضيف أو غير ذلك من الأمور التي لا ينشأ عنها دين في النعمة أو الالتزام. فكل ذلك يصح فيه القول بأنه ما على المحسن من سبيل ، أما الالتزام فيحصل في ذاته واجباً على الدين بالوفاء به وسلطة الدائن يستعملها عند عدم الوفاء اختياراً.

وقد فهم البعض من الحديث الذي أوردناه فيما سلف والذي جاء فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل ماله وباعه في دين كان عليه - أن البيع كان معاذاً ، وقالوا إن بيع السيد كان متعارفاً عليه قبل

الإسلام<sup>(١)</sup> على أن هذا الحديث قد ورد في رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قد باع لهم ماله حتى قام معاذ بنير شيء<sup>(٢)</sup> مما يقطع بأن للبيع لم يكن معاذاً رضى الله عنه ، وإنما كان ماله لحسب ، فضلاً عن أنه لم يكن معروفاً ببيع للدين . ولا حدث في زمان النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد ورد في مجمع الأنهر أن حبس المدين المأطل مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وإذا ثبت الحق للمدعى . وطلب حبس خصمه فإن ثبت الحق بالإقرار لا يحبس إذ لم يعرف كونه بمأطلاً ولعله قد أقر بالدين رجاء إنظاره إلى ميسرة إلا إذا أمر بالأداء فأبى ، أما إذا ثبت الحق بالبيئة حبس المدين قبل الأمر بالدفع وذلك لأن إنكاره دليل مطلق<sup>(٣)</sup> وقيل لا يحبس قبل الأمر بالدفع ، وإذا كان ثمن للبيع هو السبب في الدين كما في عقد البيع إذا كان مؤجلاً واشترى المدين به للبيع وتسلمه ثم أفلس فقد جاء عن الإمام مالك مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم : أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أشتوة بالترماء<sup>(٤)</sup> وإذا أدى المدين الفقر وكان ظاهر حاله الفنى ولم يستطع إثبات الفقر وعدم القدرة على الوفاء سجن ومدة سجن المجهول المال تختلف باختلاف الدين ، ويحبس المسلم لكافر في الدين ، وإذا ثبت الإصرار على الدين فلا يحبس أما من علم غناه أو كان ظاهراً فيحبس حتى يوفى حقوقهم<sup>(٥)</sup> والحجر على المدين بسبب الدين

(١) جاء في منح البليلى كان الحكم في أول الإسلام بيع للدين فما عليه من الدين

ج ٣ ص ١١٢ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

(٣) مجمع الأنهر شرح مفتي الأبحر المجلد الثاني ص ١٦٠ — ١٦١ ط الطباعة العامرة .

(٤) المتن شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٨١ طبعة السطادة .

(٥) المرجع السابق ص ٨٢ .

مختلف فيه فالإمام أبو حنيفة يرى أنه لا يجوز الحجر بسبب الدين وإن استغرق مال الدين أو طلب الغرماء ذلك، ويصح للدين رغم الدين أن يصرف في ماله<sup>(١)</sup>. على أن المقتضى به في المذهب أنه يجوز للقاضي أن يحجر على الدين بسبب الدين متى كان دينه مستغرقاً فلا يجوز له بعد الحجر أن يصرف في ماله بهبة أو بصدقة أو إقرار بمال لمن له عليه دين غير من حجر عليه بطلبهم — وللقاضي أن يبيع مال المحجور عليه بالدين ليسد منه الديون إذا امتنع عن بيعه ويقسم بينهم قسمة غرماء — كما أن للدائنين أن يلازموا الدين وللقاضي أن يحبس حتى إذا ظهر إعساره حتى عنه غير أنه إذا حبسه القاضي لا يضرب ولا يهان ولا يقيد أو يخوف أو يوقف بين يدي الدائن له ولا يخرج لأداء الجمعة أو العيد أو الحج<sup>(٢)</sup>.

وقال الشافعية يحجر على الدين بسبب الدين إذا كان أكثر من ماله أما إذا كان مساوياً لماله أو كان ماله أكثر فلا يصح الحجر عليه ولا يصح الحجر إلا إذا كان الدين حالاً ويستحب أن يبادر القاضي إلى بيع مال المقتبس ويتقاسمه الدائنون قسمة غرماء<sup>(٣)</sup>.

وللسالكية يجوزون الحجر بسبب الدين إذا استغرق الدين مال الدين واختلفوا فيما إذا كان الدين مساوياً لمال الدين فقيل أنه يكون سبباً للحجر وقيل لا وللدائنين في حالة استغراق الدين لمال الدين أن يملوه من هبة بعض ماله

(١) بدائع الصنائع للكاظمي وهو رأى الإمام وزجر ج ٧ ص ١٦٩ — كالمري ذلك الظاهرية المحلى ج ٨ السأله ص ١٣٩٤ . ورأى صاحبان جواز الحجر البهرا لائق ج ٨ ص ٨٣

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة في المعاملات — لميد الرحمن الجزيري ص ٤٨٧ — ٤٨٩

(٣) الأم ج ٣ ص ١٨٦ — ١٨٧ — مفتي المحتاج ج ١٤٧ ، ١٤٨ وتصرف للدين المحجور عليه إما أن يكون موقوفاً أو مملوفاً عند الشافعية — الأم ج ٣ ص ١٨٦ .

أو أن يقتل شخصاً مما قد يضر بأموالهم وإذا وهب أحداً شيئاً فلا يحمل.  
للموهور له أخذه، على أنه ليس لهم الحق في منعه من التفتة على نفسه ومن  
تأزمه فقتلهم كأبيه وأبيه دون إسراف، ولا ما جرت به العادة كالصدقة التالية.  
للسائل وتفتة الميدين والأضحية، ويجوز حبس المدين عندهم فإذا ثبت أنه  
مفسر خُلّي سبيله<sup>(١)</sup>.

وأجاز الحنابلة الحجر على المدين متى كان دينه مستغرقاً لماله ويسمى  
المدين الذى يستغرق الدين ماله مفلساً لأن ماله الذى تحت يده مستحق للغير  
ولكن لا يجبر عليه إلا بطلب الدائنين كلهم أو بعضهم وبعد الحجر يبيع  
الحاكم ماله ويقسمه على الدائنين قسمة غرماء وللدائن منع المدين من السفر إذا  
خيف على الدين<sup>(٢)</sup>.

#### الالتزام والمسؤولية :

رأينا أن علاقة المديونية ينظر فيها إلى المدين والدائن معا ويخاطب بها  
الطرفان خطاباً نجد فيه التوازن، ولا نرى غلواً في حماية الدائن وإهداراً لحرية  
المدين أو كرامته عند العجز عن الوفاء ولا نرى من ناحية أخرى تقيطاً في حق  
الدائن وضعا لباب التخلص من أداء الالتزام دون الوفاء به، بل نجد خطاباً  
للمدين بالوفاء وتحذيراً له من منية الرغبة في التخلص من أداء الالتزام  
وخطاباً للدائن بإنتظار مدينه حتى يستطيع الوفاء فيكون في ذلك مصلحة للطرفين.  
العلاقة مما .

---

(١) الدولة ج ٤ ص ١٢٢ حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٩٢ — وأجازوا له حبس.  
التصرفات التى تدل على الأهلية — منج الجليل ج ٣ ص ١٦٢ وما بعدها — وفى شرح الخرشي  
ج ٥ ص ٢٦٦ يمنع للمدين من الصرف للمالى ولو بغير عناية .

(٢) التى ج ٤ ص ٤٤٠ ويستحب إظهار الحجر على المدين لتجنب مصلحته .

أما جانب المسؤولية في الالتزام فقد رأينا ما تنبئ به علاقة المديونية للدائن من تقييد حرية الدين ويظهر هذا التضييق في صور أولها وأشدّها الحبس إذا كان الدين قادراً على الدفع ويماطل في أداء الالتزام ظلماً والظلم يجب رفعه بنقض النظر عن قول من رأى حبس الدين عند ثبوت الدين والامتناع عن الوفاء ، إذ يقابل هذا الرأي في الجانب الآخر من يرون عدم جواز الحبس أصلاً وقد سبق أن أشرنا إليهما معاً ، وثانيها لزوم للدين وقد رأينا جواز ذلك للدائن ولا يخفى ما في اللزوم من تضيق على الدين غير أنه يبدو من أقوال الفقهاء أن اللزوم لا يستهدف عقوبة للدين بل يستهدف أصلاً حصول الدائن على دينه وليس فيه جانب العقوبة مطلقاً إذ يترك ما يكفي الدين. وعياله من كسبه ويستطيع الدائن أن يحصل على حقه من باقى الكسب وهذا هو وجه ملازمة الدين ، فالثالث بيع المال جبراً من الدين وهو أمر مسلم وليس فيه معنى سوى العدالة إذ ليس فيه معنى العقوبة أو التضيق على الدين مطلقاً لأنه لا علاقة له بشخصه ، وفي هذه الصور الثلاث والتي تنتج من علاقة الالتزام عند المعجز عن الوفاء به يبدو عنصر الإكراه في الالتزام ، ذلك أن الحجر على الدين في التصرف وإن كان يمثل قيداً على حريته ، إلا أنه لا يمثل إكراهاً يقع عليه بحبه أو لومه أو بيع ماله جبراً والحجر في الواقع ليس سوى تهديد لأنخاذ إحدى الصور التي ذكرناها (١) .

وإذا كان الشارع الإسلامى قد نظم قيام الالتزام ونشأته تنظيماً يكفل المساواة بين طرفيه ويعتبر أن يكون لأحد الطرفين حقاً لا يقابله التزام عليه فإنه عند تنفيذ الالتزام لا تتساوى سمتا كطرفي الالتزام - فالدائن لأن يطلب الحجر

(١) ولا ماله الحجر بالمحس فهو ليس من آثار الحجر أو خواصه - فتح التزيم - على تكملة المجموع شرح للمذهب ج ١٠ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ .

على المدين وله طلب حبسه وله لزومه ثم ينتهى الأمر ببيع ماله جبراً وفى هذه الحالة لا نكون أمام علاقة يتكافأ طرفاها بل يكون لأحدهما مركز أفضل من الآخر، والواقع أن الشرائع جميعاً تنفق — على وجه التقريب — فى التفرقة بين مركز طرفى العلاقة القانونية عند نشأة الالتزام ومركزها عند تنفيذ الالتزام جبراً، ذلك أن المدل الذى يقتضى التسوية بين سراكز أطراف العلاقة القانونية عند نشأتها هو بذاته الذى يقضى بالتفرقة عند الإخلال بهذه العلاقة من أحد الأطراف لصالح الطرف الذى يضر الإخلال بمصلحته .

ومما سبق نرى أننا أمام نظريتين إحداهما تنظر للدائن والأخرى تنظر للمدين، والنظرية الأولى تذهب إلى جواز حبس المدين متى ثبت الدين والامتناع عن الوفاء وإن لم يظهر أنه قادر على الدفع، والأخرى تجعل الحبس جزاء الظلم فلا يحبس إلا إذا ثبت يساره ومطله، على أن بيع مال المدين لوفاء دينه جائز لدى النظريتين — والخلاف فى الحبس والتصديق على الدين ناشئ من أمرين أولهما حدود الأنظار إلى ميسرة والذى ورد الندب إليه فى القرآن الكريم وأشرنا إلى ما ذكره الجصاص الحنفى فى أحكام القرآن فى تفسيره وثانيهما النظر إلى الحبس على أنه عقوبة ولا بد للعقوبة من سبب فإذا كان مجرد الامتناع عن الوفاء عند ثبوت الدين سبباً جاز الحبس، وإلا تعين أن يثبت المطل مع القدرة على الوفاء، أما بيع المال فى سبيل الوفاء بالدين جبراً عن المدين فإنه لا يظهر وجه العقوبة فيه وإنما يظهر فيه وجه المدل، وقد اختلف فى شأن انظار المسر بتفقه زوجته فالإمام الشافعى رضى الله عنه لا يرى إنظار المسر بتفقه زوجته ويفسخ النكاح للإعسار فى حق من ثبتت عليه نفقتها، وقال أبو حنيفة لا يطلق عليه للإعسار بل ينظر لأن الله تعالى أوجب إنظار المدين وبقاء الزوجية أولى لأنه مطلوب لصاحب الشرع وقياساً على أنه لا يطلق عليه

لنقطة مضت إجماعاً فلا يطلق عليه في الحال — على أن الإلزام بالنفقة هنا ليس نظير الإلزام بالدين إذ الفسخ لرفع الضرر عن الزوجة<sup>(١)</sup>.

### طبيعة الإلزام في الفقه الإسلامي :

وإذا أردنا أن نحدد طبيعة الإلزام في الفقه الإسلامي مع اعتبار التصورات التي درج عليها الفقه القانوني الوضي، فلا يصح أن ننقل جانباً هاماً في الموضوع وهو أن الإلزام بنقض النظر عن بيان طبيعته يتضمن معنى الإلزام بذاته — على أن حدود هذا الإلزام وأساسه والوسيلة التي تتبع عند تخلف الوفاء هو الذي يختلف فيه الشرائع وتطور بفعل الزمن في الشريعة الواحدة، كما رأينا من قبل في القانون الروماني والشرائع التي يمد أصلها .

وأغلب الفقهاء على أن الإلزام في الفقه الإسلامي تغلب عليه الناحية السالبة أي أنه ينظر إلى موضوع الإلزام كنصر أساسي مجرداً عن الرابطة الشخصية ويصبح الإلزام بذلك عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ويفصل الإلزام بذلك عن شخص الدائن وشخص الدين ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً الدبرة فيه قيمته السالبة وهذه هي سمات النظرية السالبة في الإلزام<sup>(٢)</sup> وهو أمر يختلف عن النظرة الأخرى المقابلة وهي التي يتركز فيها الاهتمام على العلاقة الشخصية بين الدائن والدين وما ينشأ تبعاً لتلك العلاقة من سلطة للدائن على الدين .

(١) الفروق الفراق ج ٣ الطبيعة الأولى ص ١٤٥ .

(٢) الدكتور شفيق شحاته — النظرية العامة للإلزامات في الفريعة الإسلامية ص ٢٨٥ والوسيط للشهري ص ٨١ ط ١٩٥٢ ، دراسات إسلامية — الدكتور صوقي حسن أبو طالب — المبد ١ ص ١٦٧ .

وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي فإننا نجد الاهتمام بالعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين أو الرابطة بينهما ظاهراً - وتبدو هذه النظرة في مخاطبة طرفي العلاقة بشأنها، وذلك كما في قوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) فالوفاء بالمقد أو الالتزام للناسئ عنه واجب ديني يمتلق بالشخص نفسه وبصرف النظر عما يحمله الالتزام أو العقد في ذاته من وسائل تنفيذه ، ولو كان الالتزام علاقة مادية بجهة لا ينظر إلى طرفيها لما كان التكليف وارداً لجماعة المؤمنين بالوفاء بالمقد أو الالتزام وإلغاهو أمر يمتلق بأشخاصهم لأن التكليف لا يكون إلا فيما يمتلق بالملكف ويكون مقدوراً له كالوفاء بالمقد أو عدم الوفاء به ، ومن ناحية أخرى نجد النظرة المتميزة لأحد طرفي العلاقة وهو المدين ، وهذه النظرة تقتضي التيسير عليه وإلغاؤه عند الإعسار أو المعجز المؤقت عن أداء الالتزام وهو أثر من آثار النظرة الشخصية في الالتزام فيمخاطب المدين بوجوب الوفاء ويمخاطب الدائن بوجوب الإنظار إلى الميسرة عند تخلف المدين عن أداء الالتزام في وقته المحدد له — كما أن الاهتمام بأمر الدائن أيضاً وهو الطرف الآخر في علاقة أو رابطة الالتزام مكفول في الشريعة الإسلامية قال تعالى ( فإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون ) فقرر حق الدائن في استيفاء ماله <sup>(١)</sup> والذين يقولون بالصيغة المسادية للالتزام في الفقه

---

(١) كذلك ما ورد من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذ أموال الناس يريد إتلافها أتلفه الله فهو تحذير للمدين من إتياء عدم الوفاء بالالتزام ، وقد ذكر المجلسي في أحكام القرآن أن أعرابياً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخاضه تمراً كان عليه وشهد عليه الأعرابي فأنهره المصابة وقالوا له ويحك أنتدري من تكلم فقال لهم إني طالب حق فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : « حلام صاحب الحق كنتم » وأرسل صلوات الله عليه إلى خولة بنت قيس لتقرضه تمراً فضى الأعرابي وألمسه فقال الأعرابي « أوفيتنا أوفى الله لك » فلم ينكر صلوات الله عليه



الإسلامي يستندون إلى أنه نظم حوالة الدين — وعرف نشوء الالتزام دون حاجة إلى وجود الدين وهذه من سمات الصبغة المسادية في الالتزام<sup>(١)</sup> والتي تجعل الأهمية لحل الالتزام دون اشتغاله فيكون من التصور إنشاؤه ويكون من السهل نقله دون حاجة إلى وجود أحد طرفيه ، ويأخذ الأستاذ الدكتور شفيق شعاعه على الفقه الإسلامي أنه لم يقر انتقال الالتزام من ناحيته للوجبة .

أما حوالة الدين فهي في الواقع تمثل ميلا إلى النزعة المسادية في الالتزام في الفقه الإسلامي لأنها تميز انتقال الدين بين أشخاص لم تربطهم علاقة الدين عند نشأتها برابطة قانونية ، وهي نقل الدين من ذمة لأخرى وهي مأخوذة من الفصول لأن الطالب تحول من طلبه لنزيمه إلى غريم غريمه وقال ابن عرفة الحوالة طرح الدين عن ذمة في أخرى<sup>(٢)</sup> واتفق الفقهاء على شرط وجود المحال في الحوالة سواء باشر المقتد بنفسه أو بنائب عنه ، أما الماقد الثاني فلما أن يكون المحال عليه أو يكون المحيل فإن كان المحال عليه صححت الحوالة وتنفذت إذا رضى بها الدين اتفاقا ، وإن لم يرض بها المدين ففي رواية الزيادات أنها تصبح وتنفذ ، والقول الآخر أنها لا تصبح حتى لا يأنف المدين من أن يتحمل غيره الدين عنه والقول الأول مستند إلى أن الحوالة إذا لم يكن المدين طرفا فيها فلا وجه لاشتراط رضاه . وشرط الحوالة رضاه المحيل والمحال فقط<sup>(٣)</sup> ويشترط

---

على الأعرابي مطالبته له وأنسكرك على الصحافة اتهامهم لياه واستعمل الجساس من ذلك على أن الطالب هو الذي ينظر المدين ( الجساس — أحكام القرآن ج ١ ص ٥٦٧ ) وهذا من سمات النزعة الشخصية في الالتزام .

(١) الوسيط المشهور ج ١ ص ٧٤ ط سنة ١٩٦٤ .

(٢) الطالب ج ٥ ص ٩٠ .

(٣) المرجع السابق .

رضاء الحال عليه عند الحنفية فإذا لم يرض لم تتم لأن الدين يقتل بها إلى ذمته ،  
وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن رضاء شرط إذا لم يكن مديناً  
للمحيل فإذا كان مديناً له فليس بشرط<sup>(١)</sup> ويترتب على الحوالة براءة المحيل  
من مطالبته بالدين الحال به اتفاقاً ، أما براءة ذمته فذهب أبو يوسف إلى أنها  
تبرأ وعلى خلافه محمد - فيرى أن ذمة المحيل تظل مشغولة بالدين وينتقل الدين  
بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة الحال عليه بصفته التي هو عليها  
والحوالة تصح في الدين لافي العين ، وفي البحر رضاء المحيل ليس بشرط وإنما  
شرطه الرجوع عليه<sup>(٢)</sup> .

وفي الواقع أننا نجد في أثر الحوالة التفرقة بين الدين نفسه وبين اللطالبة  
به ، فالحوالة يترتب عليها البراءة من اللطالبة وذلك لاختلاف فيه ، وإزاء الاختلاف  
في الدين ذاته وهل يبرأ منه للدين أم لا تبرأ ذمته رغم حوالة الدين ، وللطالبة  
بالدين هي ولاشك أثر من آثار العلاقة الشخصية في الالتزام وهي تسقط  
حال الحوالة لأنها تستند إلى الرابطة الشخصية بين الدين والدائن وقد غيرت  
منها الحوالة بخلاف الدين في ذاته وهو الجانب المادى في علاقة الالتزام  
فإن اختلاف فيه كما رأينا حصول انشغال ذمة للدين به رغم الحوالة أم عدم  
انشغالها به .

والحوالة على النحو السالف هي في نظر الفقهاء من وسائل التوثيق ،  
كالكفالة ، والحوالة في الفقه الإسلامى في رأى البعض تؤدي وظائف عديدة .

---

(١) على الحنفية . أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٥٠ -

(٢) مع الأنهر ص ١٤٧ - المجلد الثانى - الطباعة العامة .

كالإحالة والتنازل عن الحق والوكالة بالقبض والوكالة بالقضاء<sup>(١)</sup>.

على أن الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه للمدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي - ذهب إلى أن الفقه الإسلامي أجاز حوالة الحق، وإن لم يجوز بيع الدائن دينه إلا من الدين فقط، وقد وضع الفقهاء لذلك قاعدة أنه لا يجوز تملك الدين إلا ممن عليه الدين فجعل نقل الالتزام من ناحيته الموجبة بطريق الحوالة فقط دون البيع<sup>(٢)</sup> وذهب إلى أن الحوالة بالحق جائزة في الفقه الحنفى<sup>(٣)</sup> وغيره إذ الحوالة لا تخلو من أن تكون حوالة مطلقة وهي أن يؤدي الحال عليه من ماله سواء كان مديناً للسجل أم لا . أو حوالة مقيدة وهي أن يؤدي الحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للدين وفي هذه الصورة الأخيرة نكون إزاء حوالة حق وحوالة دين وكلاهما جائزة . وقد أجاز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بأتمنٍ ويحمل المرتهن على الراهن بالدين وتحيل المرأة على زوجها بالمهر ورتبوا على ذلك أن يسقط حق البائع في احتباس المبيع وحق الراهن في احتباس المهر وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا أنه ينبغي ألا يقوم أن حوالة الحق لا تكون جائزة إلا فيما إذا كان الحيل مديناً أى في صورة الحوالة المقيدة وإنما التجأ إلى ذلك لأن الحوالة المقيدة هي التي يتوفر فيها أن يكون الحيل دائناً ومديناً

(١) هنيق شعانة — النظرية العامة للالتزامات في الفسحة الإسلامية ص ١١٩ .

(٢) مصطفى الزرقا — المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٧٠ وما بعدها طبع سنة ١٩٥٨ — دمشق ، سلام مذكور في المدخل للفقه الإسلامي ص ٦٩٤ ورسالة عبد الرود مجي في حوالة الدين — المبحث الثالث ص ١٠٣ وما بعدها .

(٣) فرن سلام مذكور وقد أورد أن ابن عابدين من الحنفية يمنع حوالة الحق للدين مجتمع مع الكالة بالسكالة . المدخل ص ٦٩٤ — واستقى المرجع أحمد إبراهيم حوالة الحق للضرورة وضمف الحديث .

وحالة الحق هي في الواقع نوع من الحالة المقيدة<sup>(١)</sup> .

أما عقد الجمالة فهو يمثل ناحية مادية ظاهرة في الالتزام فإذا كان الالتزام ينشأ دون دأئ مدين فإن العلاقة الشخصية في الالتزام لا تكون محلاً للنظر الأولى فيه . على أن ذلك في نظرنا محدود بأمرين :

أولهما : أن الجمالة عقد غير لازم عند الشافعية والمالكية والحنابلة قبل تمام العمل ، وإذا شرع أحد في العمل الذي عينه الجاعل ولم يتمه لزم العقد في مذهب الإمام مالك ولا يجوز للجاعل أن يستقل بنفسه وإن كان لا يلزم بالنسبة للعامل في هذه الحالة<sup>(٢)</sup> . كما ذهب الحنفية إلى أن الجمالة إجارة فاسدة يجب فيها أجر المثل بشرط ألا يزيد عن الجمل المسمى ورى من ذلك أن الالتزام في ذاته أمر يرد عليه الخلاف بنقض النظر عما إذا كانت العلاقة الشخصية هي الأمر العام فيه أم الناحية المادية .

ثانيهما : أننا لو نظرنا إلى الناحية المادية في الالتزام بالنسبة لعقد الجمالة لرأينا أنها لا تظهر لها الأهمية التي تجعل مادية الالتزام أمراً مسلماً ذلك أن الجمالة تصبح مع جهالة العمل وذلك مما جعل الحنفية يحملونها إجارة فاسدة لأن العمل قد يكون غير معين بل يقاس بنتيجته بحسب .

على أن الأمر الذي يظهر فيه ميل الالتزام في الفقه الإسلامي إلى المادية هو أن الفقهاء قد فرقوا بوضوح بين الدين نفسه وبين المطالبة به فالحوالة كما هو متفق عليه تنقل الالتزام بالأداء من ذمة إلى ذمة والكفالة ضم ذمة للكفيل في المطالبة فقط ، والدين هو ما يثبت في الذمة ، وقد رأينا من قبل

---

(١) مصطلق الزركا المرجع السابق ص ٧٦ المامش .

(٢) وفي حاشية الدسوقي للعامل ترك العمل متى شاء وبأخذ الجبل إلا إذا اعتزل عليه

الصل فيأخذ بقدر عمله ج ٣ ص ٦٣ .

ماتبعه المطالبة للدائن من حقوق يلجأ فيها إلى الحاكم حتى يستوفى دينه بجانب المسؤولية في الالتزام أقوى في الفقه الإسلامي من جانب المديونية ومن البديهي أن محل المسؤولية هو المال بينما محل المديونية هو ذمة الشخص<sup>(١)</sup>.

وتظهر مادية الالتزام في الفقه الإسلامي في ناحية أخرى وهي إهتمام الفقه الإسلامي بمضمون الالتزام في جميع العقود لاسيما عقود المعاوضة<sup>(٢)</sup> فقد كان مضمون الالتزام هو مدار بحث الفقهاء تحقيقاً للتوازن في مضمون العقد، ولم يترك تحديد محل الالتزام إلى إرادة الماقدين من ناحية مضمونه أو قيمته إذ يجب أن يكون التعادل دائماً بين حقوق والتزامات الطرفين وقد وضع الشارع لذلك شروطاً يضمن مراعاتها وأبطل الشارع العقود التي تتضمن ربا والتي تنطوي على غرر أو التي تشترط فيها شروط تؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الماقدين وحقوقهما وكل ذلك إهتمام واضح بالجانب المادي في الالتزام فإذا صح أن الالتزام ينشأ بالإرادة فإن تحديد مضمونه لا يخضع لهذه الإرادة تماماً بل يقيد بمراعاة ما أوجبه الشارع وما يستهدفه.

وقد سبق أن ذكرنا أن الفقهاء المسلمين قد استخدموا فقط السبب بمعنى السبب المنشئ أو مصدر الالتزام وهذا المصدر بحدود وينتدوع في الفقه الإسلامي. فمصدر الالتزام هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني على ما انتهى إليه الفقه الحديث في القانون، ولا يختلف الحال عن ذلك في الفقه الإسلامي — إذا اعتبرنا الواقع — في المصادر التي يستند بها

---

(١) مصطلح الزرط — المخلقة ٣٩.

(٢) ومن ذلك أن التسمية الإسلامية غلبت على الالتزام على أمثاله — دراسات

إسلامية للدكتور صوفي حسن أيو طالب، العدد (١) ص ١٦٧.

الفقه الإسلامى — فذلك الفقه يعرف المقدم مصدراً للالتزام، وكذلك الإرادة المفردة كما فى الجملة - ويعرف أيضاً الالتزام الذى يكون مصدره فعلاً ضاراً أو فعلاً نافعاً ومثال الأول التزام المثلث بإدائه بدل التلف وإرش الجنابة ومثال الثانى من يدفع دين غيره كالتفولى .

على أننا ذكرنا من قبل أن السبب بمعنى سبب الالتزام هو عنصر فى الالتزام الارادى بحسب، ولذلك فإنه لا يمتنع فى دراستنا لسبب الالتزام إلا الالتزامات التى يكون مصدرها إرادياً وليس من ذلك سوى العقود والارادة المفردة فالتقيد يكون مصدراً للالتزام ومثال ذلك فى عقد البيع فإنه يكون مصدراً لالتزام البائع بنقل الملكية ومصدراً لالتزام المشتري بدفع الثمن وعقد الايجار يكون مصدراً لالتزام المستأجر بدفع الأجرة والالتزام المؤجر بتسليم الشيء المؤجر أو تخليته حتى ينتفع به المستأجر . ومثال الإرادة المفردة الوعد بجائزة أو الجمالة .

والمراد من أن المقدم هو مصدر الالتزام أنه السبب المباشر فيه وليس أنه المصدر الذى أوجب الالتزام لأن إيجاب الالتزام مسألة تخص الشرع فهو الذى يوجب الالتزام عند تحقق سببه بمعنى مصدره، والقول بذلك هو تفرقة سديدة بين مصدر الالتزام بمعنى السبب المباشر فيه ، وبين مصدر الالتزام بمعنى مصدر وجوبه فالوجوب من عمل الشارع وإلا لزم القول بأن جميع الالتزامات مصدرها الشرع وإضافة الالتزام إلى مصدره المباشر الذى يتولد منه أليق وأقرب من إضافته إلى الشرع ذلك أن الشرع حاكم لمنشئ<sup>(١)</sup> ويظهر ذلك على وجه الخصوص فى الالتزامات التى يستقل الشارع بإنشائها

(١) معطى الزوا — فى المختل لنظرية الالتزام العامة من ٩٨ ط ١٩٥٨ دمشق .

فمضاف إليه كالإلزام بالنفقة فالمكلف بالنفقة لا يباشر سبباً أو مصدرًا للإلزام بها، وإنما أوجبه الشارع لوجود سببها كالقربة أو الزوجية فهنا مصدر الإلزام ومصدر الإيجاب أمر الشارع .

على أننا في بحثنا سبب الإلزام في الفقه الإسلامي يجب أن نأخذ في الاعتبار أننا ننظر إلى العقد الذي يولد الإلزاماً على عاقبيه ويكون لكل عقد أن يقتضى الإلزامه من الآخر كما أوضحنا في بيان طبيعة الإلزام في الفقه الإسلامي، وينبى أن نميز في أنواع العقود بين العقود التي تازم عاقبتها والعقود التي لا ترتب الإلزاماً نهائياً فيجوز للمقدين أو أحدهما التحلل منها بإرادته ويستقل بفسخها متى أراد، وفي العقود الأخيرة سنبحث ما إذا كانت هذه العقود لها سبب بمعنى سبب الإلزام أم أنها تنجرد من هذا المنصر لأنها بطبيعتها غير لازمة - وإن كان يشترط أن تكون النية التي تؤدي إليها هذه العقود مشروعة .





## الفصل الثاني

### آراء الفقهاء

في سبب الالتزام في الفقه الإسلامي

لفظ السبب ومعانيه : تمهيد :

إذا أردنا أن نبحث سبب الالتزام في الفقه الإسلامي فإننا يجب أن نستبعد بعض المعاني التي تلازم لفظ السبب وتختلف في مفهومها عن موضوع البحث. فالحق المقصود هنا هو سبب الالتزام بمعنى ما يحمل على الالتزام أو هو جواب السؤال: لم التزم للدين ؟ وإن كان لفظ السبب معانٍ أخرى غيره — فيجب استبعاد السبب بمعنى المصدر للنشء للالتزام كالقصد أو الفعل الضار . كما يجب أن نستبعد السبب بالمعنى الذي فصله علماء أصول الفقه وعرضناه في سابق من هذا البحث وهو بمعنى العلامة على الحكم الشرعي وأحد أنواع الحكم الوضعي . ونقتصر في دراسة السبب في الالتزام على معنيين كليهما يدخل في بحث سبب الالتزام . وكلاهما دار البحث عنه ، وللمنى الثانی فيهما يمثل فكرة مختلفة عن للمنى الأول . وإن كانت الفكرتان معاً تمثلان مراحل تطور نظرية السبب في الفقه اللاتيني كما رأينا في نظرية السبب في الفقه الفرنسى بالذات .

فالمنى الأول هو السبب بالمعنى الذي تضمنته نظرية السبب في الفقه التقليدى الفرنسى<sup>(١)</sup> وهو أساس الالتزام كل من للتأقدين قبل الآخر أو هو جواب من

(١) وهو الالتزام المقابل أو تنفيذه في العقود المترمة للجانبين .

يسأل لم الالتزام للدين ؟ إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد تبادل والسبب بهذا للمنى أمر موضوعى وداخل فى العقد ولا يتغير بتغير الأشخاص فى النوع الواحد من العقود .

وللمنى الثانى هو السبب بمعنى القى وصل إليه وأخذ به القضاء فى فرنسا ومصر واستهدفه القانون للمصرى كما يبدو واضحاً من مذكرته الإيضاحية وهو بمعنى الباعث الدافع على التصرف القانونى وهو كما يظهر عنصر إرادى خارج العقد لادخله وذاتى يتغير بالنسبة للنوع الواحد من العقود بحسب الماقدين أو التصرف إذا كان التصرف بارادة مفردة كما فى التبرعات .

ويبدو الفارق بين المعنى الأول والثانى من وجوه أولها أن السبب بالمعنى الأول لا يكاد يتصل بالارادة لإلغائها فبسبب الالتزام المشتري يدفع الثمن فى عقد البيع مثلاً هو الالتزام البائع بنقل ملكية البيع وسبب الالتزام المستأجر يدفع الأجرة فى عقد الإيجار هو الالتزام المؤجر بتسليم المين المؤجرة لينتفع بها المستأجر فالسبب على هذا النحو — أو حتى عندما يكون هو تنفيذ الالتزام وليس الالتزام ذاته لا يكاد يستند إلى الارادة لإلغائها ويبدو عنصراً موضوعياً داخل العقد لا خارجه ، أما السبب بمعنى الباعث فإن الباعث هو أمر إرادى يتصل بالماقد فيكون أمراً ذاتياً خارج العقد وبذلك يتصل بالارادة أو ترق اتصال بل ان الباعث هو مظهر من مظاهر النشاط الارادى فى الإنسان حينما تتجه إرادته إلى أحداث أثر قانونى .

وثانيها : أن السبب بالمعنى الأول يحمل اتصال كل الالتزام بالآخر فى العقود الملزمة لجانبين أمراً تلقائياً افترضته نظرية السبب التقليدية فكل الالتزام يرتبط بالآخر لأنه سببه ولا حاجة إلى إرادة الطرفين التعلية لتقرير هذا الاتصال

والارتباط فالواقع أننا نربط بين الالتزامات والتضاليل هنا يكون بين الالتزامات وليس بين الإرادات، أما في السبب بمعنى الباعث الدافع فإنه لا يمكن أن تتقابل البواعث أو ترتبط ببعضها البعض ولا يمكن أن يفترض ارتباط البواعث أو تقابلها كأساس للالتزام أو كجواب لمن يسأل لم التزم المدين غير أنه قد يحدث أن تحقق البواعث كما في العقود إذا اتفقت نية المتعاقدين فيها على الباعث الدافع للعقد ومع ذلك فلا يلزم هذا الارتباط إلا في توفير الحماية الإجتماعية التي نستوجب إبطال العقد إذا كان الارتباط في البواعث ينطوي على غرض غير مشروع. أما في غير ذلك فلا يلزم إذا كان باعث أحد المتعاقدين يخلف عن باعث الآخر أو يتفق معه إذ البواعث قد تتعدد ويكون منها القريب والبعيد والمهم والأهم وكلها تدخل في دفع العقائد إلى الالتزام .

ونالها : أن فكرة السبب بالمعنى الأول كما هي في النظرية التقليدية الفرنسية للسبب تحتمل فكرة التصرف المجرد أى التصرف غير للسبب أما في السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التصرف فلا تخلو إرادة إنسانية من باعث يحركها إلا إرادة غير المميز وهي لا تتفج أثراً قانونياً ، ولذلك فإن بعض الفقهاء اعتبر من مميزات نظرية السبب التقليدية أنها تحتمل فكرة التصرف المجرد<sup>(١)</sup> غير أننا إذا اعتبرنا كما يقول البعض أن التصرف غير المجرد هو ما ذكر فيه سببه وأن التصرف المجرد هو ما لم يذكر فيه السبب كان هذا الفارق ضئيلاً لأننا في الحالتين نجد أنه لا غنى عن السبب للموضوعي أو عن السبب الذاتي .

وإذا كان السبب الذي نبحثه بالمعنى الذي أشرنا إليها فيما تقدم ( الالتزام

---

(١) نظرية السبب في الالتزامات المدنية — مختار القاضى ص ٤٩ .

المقابل والباحث) فإن قضاء الشريعة لم يعرضوا إليه كمنظرة عامة في سبب الالتزام ولا نرى مبعثاً مستقلاً لبحث السبب في الالتزام اللهم الا عند ذكر النية وأثرها في العقود وقد تناولها قضاء المذاهب بالتفصيل وبمخونها عامدين إليها إذ النية في ذاتها من المباحث الهامة في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> لاسيما في أحكام العبادات، وذلك فإن النية في العقود إذا اعتبرناها بمعنى الباحث على العقد كانت محلاً للبحث من جانب الفقهاء المسلمين، وفي المذاهب المختلفة كما ستعرض لها فيما بعد. أما بالنسبة للسبب كمعصر موضوعي فإن الفقهاء المسلمين لم يعرضوا له باعتباره من عناصر الالتزام ولم يتحدثوا عنه بهذه الصفة، ولكن يخطئ من يظن أن مفهوم السبب بمعناه التقليدي كان غائباً عن الفقهاء المسلمين لأنه إذا كان السبب بهذا المفهوم عنصراً موضوعياً ولا يتغير في النوع الواحد من العقود ودخل العقد لا خارجه. فإننا نجد في فكرة الماوضة المتبعة شرعاً والتي تنتهي إلى نفس الخصائص والميزات. على أننا لا نلتزم بصورات الفقه القانوني الحديث ولا نجعلها أساساً للبحث يقاس عليها لأن في ذلك تحكماً واضحاً بالنسبة لفقه الإسلامي وهو ذو صياغة خاصة ومنطق قانوني متميز فإذا كان قضاء القانون يبدأون بالالتزام فإن الفقه الإسلامي كما سنرى يبدأ بالعقد.

على أن بعض من كتبوا في الفقه الإسلامي من الفقهاء المحدثين من رجال الفقه الإسلامي أو القانون بحثوا السبب كمعصر من عناصر الالتزام أو العقد<sup>(٢)</sup> وبالمعنى

---

(١) والتي هي الصدقة، وعرفها البيضاوي شرعاً بأنها الإرادة المترجمة نحو الفعل والمقصود منها تمييز العبادات عن المادات، وتميز العبادات من بعضها الأشياء والظواهر لا ينجم من ٤٦-٤٧.

(٢) فضل استخدام لفظ عنصر بدلاً من ركن حتى لا يفيد لفظ هو بذاته مصطلح، ولأن العنصر قد يكون ركناً وقد لا يكون كذلك.

يتناول به صها القانون الذى وذلك إما بقصد المقارنة بين الفكرة فى القانون وبين مفهومها فى الفقه الإسلامى ، وإما عند البحث فى إنشاء القود وعناصر تكوينها فيبرز حيثئذ عنصر السبب بمعنى الباعث أو الفرض للقعود من العقد ، وقد اتخذ الباحثون فى هذا الشأن وجهات عديدة رأينا أن نعرض لها بما يوضح جوهرها حتى إذا بدأنا فى وضع فكرة السبب ، أو مفهومها فى الفقه الإسلامى ، كان ذلك بعد أن ندرس أوجه النظر المختلفة التى تداولت الفكرة ، وأقاد ذلك من ناحية أخرى فى تقدير ما انتهى إليه بالقياس إلى غيره مما بحثه الفقهاء .

#### آراء الفقهاء المحررين فى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى :

وقد تعرض لبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى كثيرون من الفقهاء وسنشير إلى الآراء التى تعرضت لبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى أو سبب العقد ، وفى هذه الآراء ما قصد بحث فكرة السبب عاملاً إليها ، أو ما تناول السبب باعتبار أنه يد ، أو يمكن اعتباره أساساً لبعض الأنظمة القانونية كالتسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو تحمل التبعة ، ذلك أن بحث أساس هذه الأنظمة القانونية يستلزم التمرس لفكرة السبب ، وهذه الأنظمة قائمة فى الفقه الإسلامى وتعرض لها الفقهاء بإضافة وأسباب .

وقد أورد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى بحثاً عن السبب فى الفقه الإسلامى ، كما أن الدكتور شفيق شعاعته فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فى الفقه الإسلامى أشار إلى سبب الالتزام ، وبحثه كذلك للرحوم الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه الأموال

ونظرية العقد ، وأشار إليه في قه الكتاب والسنة في البيع ، ونشير عدا من قدم إلى آراء بعض الفقهاء تناولوا موضوع السبب كما في النظرية العامة للموجبات في الشريعة الإسلامية للدكتور صبحي الحمصاني والدكتور وحيد سوار في رسالته التمييز عن الإرادة ، فقد عقد فصلاً لبحث السبب في الفقه الإسلامي ، وعدا ذلك فقد تناول الموضوع ذاته بالبحث آخرون في رسائل وأبحاث لا تستهدف بحث الموضوع وإنما تعرض له كما في نظرية تحمل التبعة<sup>(١)</sup> والنظرية العامة للقسخ وغيرها<sup>(٢)</sup> .

كما أن فقهاء الشريعة المحدثين الذين كتبوا في نظرية العقد والأموال والمقود قد عرضوا في بحث تكوين العقد وعناصره إلى السبب وأشاروا إليه إما بمعنى الباعث أو القصد من العقد والنرض للقصد منه ، وإما بمعنى السبب كعنصر من عناصره بالمقارنة إلى نظرة القانون إلى ذلك المنصر وعلى أية حال فقد تجنب فقهاء الشريعة الإسلامية — في نظرنا — أن يجعلوا فكرة السبب أو نظرية السبب في القانون أساساً يقام عليه رأيهم في سبب العقد في الفقه الإسلامي وهو مسلك يؤدي إلى الاتجاه السليم عند دراسة الموضوع في الفقه الإسلامي .

#### المعادلة كسبب للالتزام :

عرض الأستاذ الدكتور شفيق شعاع في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » في الصفحات من ٨٥ — ٨٩ لبحث السبب عند بحث عناصر الالتزام من طرفيه وعمله وسببه ، وذكر أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي

---

(١) للدكتور محمد زكي عبد البر . (٢) للدكتور حسن علي ذنون .

نظرية للسبب على غرار ما في القانون أو الفقه اللاتيني مثلاً والتشريع الاسلامي  
خلو من النظريات ، ولكن فكرة السبب ليست متعمدة في المسائل ويلزم  
استنباطها منها ، فالسبب من عناصر الالتزام في التشريع الاسلامي ، ولو أن  
ذلك لم يذكر صراحة ، والفقهاء عندما يستعملون لفظ السبب يقصدون عادة  
مصدر الالتزام فالشروطيون يقولون - بوجود ذكر سبب الدين ويشترط  
أيضاً ذكر السبب في الدعوى بالدين ، على أن السبب الحقيقي لالزام المشتري  
بدفع الثمن ليس هو عقد البيع بل انتقال ملكية الشيء المبيع إليه هو الذي  
يلزمه بالدفع لأنه لا يجوز له أن يجمع بين يديه في نفس الوقت الشيء وثمنه  
والثمن هو مقابل البيع فهو إذا لم يدفع الثمن يكون قد أخل بالتوازن الذي يرمي  
المقصد إلى تحقيقه ، وهذا التوازن هو في نظر الفقهاء المادة بين المتعاقدين ،  
وذكر الأستاذ أن المقصود من السبب هو المادة وقد جاء في النصوص أن  
المساواة في العقود مطلوب للمتاعدين ، وأن سبب الالتزام ليس دائماً حين  
ما تمهد الماقد الآخر بشليكه ، وإنما هو هذا التمهيد نفسه ، ومن ذلك أن  
الصانع الذي تمهد بالاشتراك مع غيره بالقيام بعمل يستحق الأجر ، ولو أنه  
لم يعمل بالتمل ، وفي إجارة الأشياء فإن تسليم العين المؤجرة سبب لالزام  
للمستأجر بدفع الأجرة ولا يلزم بعد ذلك أن يكون المستأجر قد انتفع بالعمل .

وأورد الأستاذ شفيق شعاعته أنه في التبرعات تظهر كذلك فكرة المادة  
كسب لتمهد الواهب ، فقد قرر الفقهاء أن التبرع في الواهب دائماً أنه يهب  
ابتناء عوض<sup>(١)</sup> ، ولذلك فهو يستطيع الرجوع في هبته إذا لم يتحقق ما كان

---

(١) الأصل في العريضة الإسلامية على خلاف ذلك لأن الهبة يقصد بها أصلاً التبرع  
بالتبرع الرجوع من الله تعالى ، وليس مع الموهوب له شيئاً مادياً وهي تنفرد القوانين الوضعية .

يرمى إليه من عوض أو لم يصحق في هبته أى غرض من الأغراض الأدبية التى اعتبرت موانع من الرجوع في الهبة وفي الوديعة كذلك فإن أساس الالتزام المودع لديه هو فكرة المادلة ذلك أنه يلزم برد الشيء لأنه يجوز من غير مقابل معتبر .

وفي الالتزامات غير التصاقية رأى الدكتور شفيق شحاته أن فكرة المادلة تظهر فيها فنسب الالتزام في التمويض هو الضرر الذى أحدثته الجريمة مثلا والتمويض ليس إلا أحد طرفي المادلة التى اختلت بمحصل الإنلاف ، والتمويض إنما هو القيمة أو للتل ، وكتطبيقات على نظرية السبب أورد سيادته ان الأجر لا يستحق إذا كان العمل الذى تضمنه العقد واجبا شرعا على الملتزم كالأجرة على إرضاع الزوجة للطفل فإن الزوجة لا تستطيع اشتراط الأجر على إرضاع الطفل لأنها تلزم بأرضاعه شرعا فنها يكون الالتزام بدفع الأجر التزاما بلا سبب يقوم عليه .

ثم اعتبر الربا تطبيقا لنظرية التعادل ، وقرر بصفة عامة أن البواعث والبوافع لم تعتبر عند الفقهاء إذ أنهم قالوا بصحة البيع حتى ولو كان الغرض الذى يستعمل فيه المبيع غير مشروع .

### تعبير فكرة المادلة :

وفي الواقع فإن قيمة الفكرة التى ذكرها الأستاذ الدكتور شفيق شحاته كسب للالتزام في الفقه الإسلامى إنما تجعل في مبنى هذه الفكرة وحدانيتها وذلك أنها لا ترتبط بنظرية السبب في القانون كمثل تسير عليه ، وأنها تصلح أساسا ينظم فكرة الالتزام بأجمها في الشريعة الإسلامية ، وهى



تصلح لذلك أكثر مما تمتد سبباً للالتزام وأساساً له فيما يتعلق بالالتزام الإرادى بالقات .

والمادة تقترب من الماوضة للمعتبرة شرعاً والتي تقول بها ، فالماوضة تتضمن المادة غير أنها تختلف عنها في أن الماوضة لا تستلزم المادة دائماً ، وإذا أردنا أن نبين سبب الالتزام فإننا يجب أن نبين في عقود الماوضات وغيرها ، وفي عقود الماوضات فإنها بطبيعتها تتعذر فيها المساواة وإن كان لا يتعذر فيها التوازن في مضمون العقد ذلك أن عقود الماوضات يقصد بها الربح ولا يتأتى الربح للشروع إلا بزيادة عوض عن الآخر في القيمة ، ولذلك لا نستطيع القول بأن المقصود هو المادلة بين الالتزامات ، ولكن المقصود هو إيجاد التوازن بينها بحيث لا تحتل الماوضة لصالح أحد الطرفين في العقد إضراراً بالطرف الآخر ، وقد يعتبر الالتزام معادلاً للالتزام المقابل في تقدير شخص معين ، ولا يعتبر كذلك عند غيره ، ومع أن الفقهاء قد نصوا على أن المساواة مطلوب الماوقدين إلا أن المساواة ليست شرطاً في الماوضة فالمقصود من البيع انتفاع كل من المتماقدين بما يصير إليه ، وقد جاء في حاشية الطحاوى على الفر المختار ، قال في التجريد ولو قال بمت بنير ثمن لم يملك (المشترى) المبيع وإن قبض لأن مطلق البيع يقتضى الماوضة<sup>(١)</sup> ، والبيع مبادلة مال بمال مطلقاً<sup>(٢)</sup> .

ومن ناحية أخرى فإن المادلة لا تصلح سبباً في عقود التجرع ذلك لأن أقصى ما يطلبه الواهب هو الموض عن هبته وقد يعتبر الثواب في الآخرة

(١) حاشية الطحاوى على الدر ج ٣ ص ٦٤ .

(٢) درر المسكام شرح غرر الأنعام ط الطبعة المأخرة ج ١ ص ١٤٢ .

هو ضا عن الهبة ولا عمل عندئذ لفكرة المادلة فلا يمكن نسبة الثواب والشئ .  
الموحد إلى الضادل وإن كان يمكن القول بأن الثواب عوض عن الهبة اعتبره  
الشارع في مجال المعاوضة مع أن الثواب ذاته غير منوط بأحد العاقدين .

وأخيراً فقد اعتبر الدكتور شفيق شعاع أن الربا تطبيق لفكرة المادلة  
والربا يخلو من المادلة ، ومن المعاوضة ، فالربا هو فضل مال خال عن عوض  
شرط لأحد المتعاقدين في معاوضة مال بمال<sup>(١)</sup> ، والمروف أن الربا هو زيادة  
من غير عوض يقابلها ، وهذا هو سبب تحريمه فتكون فكرة المعاوضة  
وفواتها في الربا أولى من فكرة المادلة لأنه إذا كان الربا يخلو من العوض  
الذي يقابله فلا عمل للبحث عن المادلة أو المساواة بين الالتزامات .

وما ذكره الدكتور شفيق شعاع من أن الفقهاء لم يحفلوا بالبواض  
في العقود والتصرفات فهو لا يصلح قاعدة عامة إذ تختلف في ذلك المذاهب  
الإسلامية ، على أن منها دون شك ما يبطل العقود والتصرفات بحسب نية  
العاقد إذا كانت لا تتفق مع مقاصد الشارع ، وكلها تبطل العقود والتصرفات  
التي تؤدي إلى إيهاء مقاصد الشارع فلا .

### الباعث كسب لامتزام في الفقه الإسلامي :

وقد بحث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري سبب الالتزام في الفقه  
الإسلامي بحثاً مفصلاً في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، وذلك عند الكلام

---

(١) مجمع الأنهر — المجلد المامرة المجلد الثاني ص ٨٣ ، والمضى أن العقد الزائد في  
المبادلة الربوية لا يجد مقابلاً يقابل معه .

من القصد كصدر من مصادر الالتزام<sup>(١)</sup> ، وقد ذكر في مبدأ البحث أن الفقه الإسلامى عندما يمرض للسبب يتنازعه عاملان متعارضان أولهما أن هذا الفقه معروف بنزعه الموضوعية وأن ذلك يحمله مستعميا على فكرة السبب ، وثانيهما أن هذا الفقه تطلب عليه الصفة الدينية وهم بالبواعث النفسية ، ويجمل للأخلاق شأنًا عاليًا ويتراوح الفقه الإسلامى بين هذين العاملين ، ولهذا تظهر نظرية السبب في المنهيين السالكى والخطيئ يتنا تهلولا أهمية لما عند المذهب الحنفى والشافعى .

ففى المنهيين الحنفى والشافعى يجب أن يكون السبب داخلا فى صفة القصد حتى يعتد به فلا يبحث عنه خارج القصد ولا بد أن يتضمنه التعبير من الإرادة ، ولذلك لا يعتد بالباحث ما لم تتضمنه صفة القصد ، وقد ذهب الإمام الشافعى إلى ذلك صراحة فى قوله فى الأم (ج ٣ ص ٦٥) أصل ما اذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بمادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لما التية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وإذا ذكر الباحث فى القصد وجب الاعتداد به فإذا كشف المتعاقدان عن الباحث ، وكان غير مشروع فالقصد باطل فلا تجوز إجارة الإمام للزنا لتهيه صلى الله عليه وسلم عن مهر البنى وهو أجر الزنى (البدائع ج ٤ ص ١٩٠) كما لا يجوز الاستتجار على الفناء أو للملاهى لأن للمصيبة لا يتصور استحقاقها بالقصد (الزبلى ج ٥ ص ١٢٥) وقد يكون السبب مذكورا ضمنا فى القصد بأن يكون مستخلصا منه لأن المتعاقدين كشفا ضمنا عن الباحث لما على التعاقد ، جاء فى البدائع فى شأن بيع القرد وأما القرد فمن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان وجه رواية عدم الجواز أنه

غير منتفع به شرعاً فلا يكون مالا كالتنزيل ووجه رواية الجواز أنه وإن لم يكن منتفعاً به لقائه يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الأول لأنه لا يشتري عادة للانتفاع بجلده بل للتلهى به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنه لا يجوز . وكذلك يجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره وعند أبي يوسف ومحمد لا يعتقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالاً فلا يجوز بيعها ، ولو كسرهما إنسان ضمن عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن<sup>(١)</sup> ، وقد يختلف السبب عن الخلل ويميز في الحكم فيكون الخلل مشروعاً والسبب غير مشروع كاستئجار الأم للإرضاع إذا كان واجباً عليها فهذا لا يكون السبب مشروعاً<sup>(٢)</sup> .

أما في للذهبين للسالك والحنبلى فالسبب في هذين للذهبين هو الباعث على التعاقد وأورد الأستاذ الكبير ما نقله عن أعلام الموقعين من وجوب الاعتداد بالمقاصد والنيات في العقود وأن النية تصحح العقد وتبطله ، والمالكية يمتنعون بالباعث وإن لم يذكر في العقد فلا يميزون بين أرض يقصد المشتري بناء كنيسة عليها أو بيع خشب يقصد المشتري صنمه صليبياً ، ويشترط المذهب الحنبلى وجوب علم الباقى الآخر بالباعث غير للمشروع . على أن الأستاذ الكبير أورد بعد ذلك أن للمذهب الحنبلى يمتد بالباعث وليس من الضروري أن يعلم الطرف الآخر به بل يكفي أن تكون الظروف بحيث ينهى أن يعلم

(١) البائع ج ٥ ص ١٤٣ - ١٣٤ .

(٢) والأولى هنا أن يقال أن السبب يكون غير موجود - فإشارة لهذا المثال بعدم المروعية ولكن صلته بالبايعة أو المعاوضة ظاهرة لأنه إذا كان الإرضاع واجباً شرعاً فلا يصلح بدلاً للمعاوضة .

به وأكثر ما يكون ذلك في التبرعات كما إذا أهدى للقرض إلى القرض شيئاً قبل الأداء فيعمل على الربا .

وتناول الأستاذ السنهورى فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها ، وأورد بعض أوجه الخلاف حول مشروعية السبب في بعض الالتزامات كاستتجار المسلم لحل الحمر ، وذكر أن فكرة المشروعية قد تطورت وأصبح مشروعاً ما كان غير مشروع ومن ذلك الاستتجار على تعليم القرآن فقد انتهى إلى أن أصبح جائزاً ومشروعاً وقد كان قبل ذلك غير مشروع إذ لما انصرف الناس عن تعليم القرآن ووجب أن يفرغ له بعض الناس ولو كانوا يتكسبون منه صار مشروعاً وقد كان أخذ الأجر على تعليم القرآن غير جائز عند المتقدمين من الفقهاء <sup>(١)</sup> .

وذكر الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى : أن الفقه الإسلامى يعرف في حالات خاصة محدودة للعقد الجرد من سببه مثل عقد الكفالة فالكفيل لا يستطيع أن يحتج على المان بما يحتج به على الدين كما إذا كان أصل الدين غير مشروع كما لو كان ثمن خمر ويمتد أن الكفيل قد ألزم التزاماً مجرداً عن التزام الدين . كما لا يبحث السبب خارج العقد ومثل ذلك ما رآه أبو يوسف صاحب أبى حنيفة في عقد نكاح الحلل فإذا لم يذكر شرط التحليل في عقد نكاح الحلل . كان صحيحاً وكذلك ما رآه الصاحبان والإمام الشافعى في بيع المينة والباعث عليه الربا فهو

(١) وقد رخص متأخروا المنية في أخذ الأجر على تعليم القرآن — والأغرب أنه هدية — صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ٩ — وهذا المثال صله بالماوغة ظاهراً أيضاً لأن تعليم القرآن مفروض دائماً ولكن الخلاف في استحقاق الأجر عليه — ولذلك قرره البعض من الهدية حتى يخرج من عداد الماوغة .

صحيح إذا لم يذكر الباعث عليه في المقد فلا يمتد به مادام لا تتضمنه صيغة المقد .

وخلاصة ما تقدم أن الأستاذ الدكتور السهوى يرى أن السبب في الفقه الحنفى والشافى هو جزء من صيغة المقد أو من التمييز عن الإرادة ولا يمتد به إلا إذا كان قد ورد في صيغة المقد ولا يبحث عن السبب على هذا رأى إلا داخل المقد فلا يبحث عنه في نية الطرفين أو الباعث لهما على التعاقد ، أضاف المذهبين المالكي والحنبلى فإن السبب عندهما هو الباعث على التعاقد .

والواقع أن أستاذنا الكبير كان في عرضه لنظرية السبب في الفقه الإسلامى أميل إلى فكرته الثانية عن السبب بوجه عام باعتبار أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد ، وإلى نظرتيه في قيمة النظرية التقليدية في السبب في الفقه الفرنسى على وجه الخصوص مع أن صياغة نظرية السبب في المادة ١٣٦ مدنى مصرى لم تستطع أن تتخلص من آثار النظرية التقليدية في السبب ، وقد تناول سيادته هذا النقد الذى يوجه إلى صياغة المادة ١٣٦ فذكر أنها نسبت السبب إلى الالتزام وليس إلى المقد أو العاقد وأنها تصورت إمكان قيام التزام دون سبب عنه ما تصورت المادة عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » مع أنه لا يتصور ذلك إذا اعتبرنا السبب بمعنى الباعث الدافع لأن الإرادة لا تخلو من باعث يوجهها إلا إذا كانت إرادة غير مميزة ، وقد استهدف القانون للدنى الجديد نظرية الباعث الدافع كسبب للالتزام<sup>(١)</sup> .

غير أننا نرى أن فكرة الماوضة كسبب للالتزام في العقود اللازمة

---

(١) الوجيز لسهوى ج ١ ص ١٨٤ — المباحث .

(للزمة للجانبين) واضحة في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه وقد عرض الفقهاء لذلك فحلحوا شروط المعاوضة التي يلتزم عندها المتعاقد والتي يبطل العقد عند تخلفها ، وكان اهتمام الفقهاء بذلك في جميع المذاهب أوضح من الاهتمام بالمبايعات على التماقذ أو التصرف والذي عبر عنه الفقه الإسلامي غالباً بالنسيئة ولذلك فإن نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما عرضها الأستاذ الكبير يرد عليها :

أولاً : اننا إذا أردنا بالسبب أساس الالتزام أو جواب من يسأل لم يلتزم المدين ؟ فإن فكرة المعاوضة تكون ظاهرة في الفقه الإسلامي . جاء في البدائع « كل المبيع يعتبر مقابلاً بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع »<sup>(١)</sup> . والمعاوضة تعتبر صلب العقد لأنه يجب القسوخ بعد القبض إن كان القساذ في صلب العقد أى في أحد العوضين<sup>(٢)</sup> وأورد صاحب زاد الماد أنها « بيع العروض بالعروض »<sup>(٣)</sup> . وذلك في اصطلاح الفقهاء ، والإكالة عند الفقهاء هي رجوع كل من للموضين لصاحبه فيرجع الثمن للشترى وللمثمن للبائع ، والجلل عقد معاوضة على حمل آدمى ويجب عوضه بتمامه لأبعضه ببعضه ، وقد عد البعض أن المعاوضة ركن العقد في البيع كما يقول السكاساني ركن البيع مباداة شيء مرغوب بشيء مرغوب<sup>(٤)</sup> ، ويلاحظ أن المباداة على النحو السالف يجب أن تتحقق شروط الشارع فيها وهذه الشروط تؤدي بنتائجها حسبما اقتضاه الشارع إلى التوازن في

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٨٥ .

(٢) الحاشية على الدرر شرح النور المطبوعة الثانية كتاب البيوع ص ٢٢٦ .

(٣) زاد للماد لابن القيم الجوزي ط المطبعة الميمنية ج ١ ص ٢٩٢ .

(٤) البدائع ج ٥ ص ١٣٣ .

مضمون العقد وعند تحقق هذه الشروط في الماوضة لا يكون هناك محل لتقدير قيمة الموض الذي تناوله أحد المتعاقدين بالنسبة إلى الموض الآخر أو بحث قيمته من الناحية المالية أو الاقتصادية . فإذا تحققت شروط الماوضة كان ذلك دالا بصفة قاطعة على تحقق التوازن في مضمون العقد ووجد كل التزام نشأ من العقد سببه وأساسه بالنسبة لمن يقع عليه الالتزام ، وقد قلل أستاذنا الكبير في عرضه لنظرية السبب في الفقه الإسلامي من شأن الماوضة . وإن كان قد أشار إلى أن بعض نصوص الفقه الإسلامي تشير إلى المقابلة بين الالتزامات في عقود الماوضة وتجعل المبادأة ذات أهمية كبرى في العقد ، أكثر مما تشير إلى البواعث أو الدوايا في العقد .

ثانياً : أن الفقيه الكبير عرض لبعض صور الالتزامات التي أبطلها الفقهاء لعدم مشروعية الباعث، ومنها أن الأب لا يلتزم بأجرة الأم على إرضاع ولها . لأن الإرضاع واجب على الأم فهي تلتزم به شرعاً ، ومن الواضح أن الالتزام الذي يقع على الأب باطل لأنه لا سبب له . لأن الأم تلتزم بإرضاع الابن شرعاً<sup>(١)</sup> وليس مقابل الأجر الذي يدفعه الأب ، وهنا تبرز فكرة الماوضة إذ لا يستقر الإرضاع — مادامت الأم ملتزمة به شرعاً — عوضاً لتقاء العطف الآخر في العقد فلا يكون ملزماً بدفع الأجرة ولا شأن لذلك بعدم مشروعية السبب ، كما أورد الفقيه الكبير ما جاء في الخانيه ( ج ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها ) « أمير المسكر » لو قال لسلم أو ذى إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم قتله لاشيء له لأن هذا من باب الجهاد أو الطاعة فلا يستحق الأجر وقال محمد رحمه الله إن قال ذلك لشيء يجب الأجر ، ولو كانوا قتل فقال الأمير من قطع

---

(١) والترض أنه يجب عليها ذلك شرعاً .



وؤوسهم فله عشرة حرام جاز لأن هذا القتل ليس بمجاهد يخلاف الأول ، ولو استأجر الأمير خعياً أو مسلماً ليقول أسيراً حربياً كان في يده قتله لا شيء .  
له وقال محمد رحمه الله تعالى يجب الأجر للسبي كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد ، وعلق الأستاذ السهوري على ما جاء في الخاتمة مما سلف ذكره بقوله :  
فإن أخذ الأجر كان السب غير مشروع ، ولا يجوز القتل .

على أن للسألة هنا في نظرنا لا تتعلق بعدم للشروعية مطلقاً وإنما تتعلق بالمواضة ذلك أن قتل المسلم لكافر في حرب هو في ذاته جهاد مشروع ، ولذلك لا يمكن أن يوصف هذا القتل بعدم للشروعية بحال ، وإذا فإن عدم أخذ المسلم الأجر عليه لا يرجع إلا إلى انعدام سبب الأجر ، وتكون المواضة مختلة ( عند تأخذ الأجر ) لخالص من يقوم بالسمل لأنه عليه شرعا ، ويظهر الفارق وأساسه في رأى محمد إذ لو كان من يقوم بالسمل خعياً لتغير الحل واستعق الأجر لأنه يقوم بذلك للعمل عوضاً عن الأجر الذى يمرضه عليه الأمير ، وكذلك في حالة تقطع رأس القتل في المثال الذى ورد بالخاتمة فإن ذلك السمل لا يجب على من يقوم به شرعاً ويصبح السمل هنا مقابل الأجر .

ثالثاً : ان ما ذكره الأستاذ السهوري من أن الصبغة المادية للفقهاء الإسلامى تجعله مستمضياً على فكرة السبب فإن ذلك لا يصح إلا إذا اعتبرنا السبب بمعنى الباحث ، والواقع أن من مظاهر النزعة المادية في الالتزامات في الفقه الإسلامى أن ذلك الفقه عنى بالتقابل بين الالتزامات والتضاد فيها عناية غير معهودة في الشرائع الأخرى . فقد عمد ذلك الفقه إلى وضع قواعد تضبط عملية المواضة وهى عملية أساسها مادى بحثاً ، وإن كان يحيط بها الرضا وهو ركن القصد أو التصرف ، ولم يترك الفقه الإسلامى تحديد أسس المواضة

وشروطها لحض إرادة المتعاقدين ، وإذا اعتبرنا السبب بمعنى الالتزام المتقابل أو تقييده على حد ما حرره النظرية التقليدية في السبب لم يكن ذلك مخالفاً للزعة المادية في الفقه الاسلامى بل لعل ذلك أشد موافقة لها من اعتبار السبب بمعنى الباعث<sup>(١)</sup> .

وقد عرض الأستاذ السهورى بعد ذلك لنظرية السبب في مذاهب الزيدية والجعفرية والظاهرية وهي في نظره تقرب من المذهب الحنفى الذى يعتبر السبب فيه هو الباعث على التعاقد ، وسرى أن الفقه الحنفى لا ينكر كله أثر النيات في العقود وأن الفقه المالكي لا يتخذ نفس المنهاج الذى يراه فقهاء الحنابلة في أثر النيات في العقود إذا كانت هذه النيات مخالفة للشرع أو تعين على مخالفته ، كما نرى فيما بعد ان المعامضة التى يعتبرها الشارع يشترط فيها ألا تكون لغاية منها مخالفة لأمر الشارع .

#### السبب هو الفرض المباشر المقصود من العقد :

وقد كان اعتبار نظرية السبب في القانون أساسا لفكرة السبب داعيا لبعض المؤلفين أن يقرروا صراحة ، ان الفقه الاسلامى بحث نظرية السبب ، فقد تناول الأستاذ صبحى المحمصانى في كتابه للنظرية العامة للموجبات في الشريعة الاسلامية ج ٢ ص ٨٩ ط ( ١٩٤٧ ) مسألة سبب الالتزام أو سبب العقد وذكر أن علماء أصول الفقه الاسلامى بحثوا نظرية السبب بصورة علمية

---

(١) وفضلا عما تقدم فإن الفقهاء المسلمين لم يعمدوا تحديد الباعث الذى يعتبر سببا ، ولا فرقوا بين سبب دافع وسبب غير دافع إذ كانوا يحشون حكم النية في العقد والثبة بنياتها لا تحتمل التقسيم لأنها لا تتعدد بخلاف البواعث على التصرف أو العقد فقد تتعدد وتختلف في أهميتها .

في أصول الفقه كما بحثها الفقهاء بصورة عملية في التروع ، وذلك في أبواب الفقه المختلفة وذكر أن السبب في الفقه الاسلامي هو الغرض المباشر المقصود من العقد وإن لكل عقد غرضاً أو سبباً مقصوداً وإن تخلف مقصوده يقال أنه بطل ، فالسبب في عقود المعاوضة هو الغرض الذي يقصد إليه المتعاقدان وهو الانتفاع بالمعاوضة ، والسبب في عقود التبرع هو إرادة التبرع في حد ذاتها ، كما أن الشريعة الاسلامية تعتبر للبائع للشخص إذا كان مذكوراً في العقد أو يستدل عليه منه وأورد المؤلف أن نظرية السبب في الفقه الاسلامي أوسع مجالاً من نظرية السبب التقليدية في الفقه الفرنسي وأنها نظرية معنوية مبنية على تخرى الارادة والغرض والقصد .

#### نقد الفكرة :

ومع ما سبق أن ذكرناه من عدم جدوى قياس فكرة السبب في الفقه الاسلامي والتي نحن بصدد تحديدها على مفهوم فكرة السبب في القانون ، فإن من يرجع إلى النصوص التي أوردتها الأستاذ الحصاني وانتهى منها إلى أن السبب في الفقه الاسلامي هو الغرض المباشر المقصود في العقد ، يبين أنه لا تؤدي إلى ما انتهى إليه فقد استدل بما ذكره الغزالي في المستصفي « أن كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع ، وأن العقد سبب منصوب لحكمه إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صحيح وإن تخلف عن مقصوده يقال أنه بطل » كما استدل بما ورد في الفروق من أن كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع ( ج ٣ ص ١٧١ ) ، وأورد أسباباً لبعض العقود حلها بمعنى السبب فقد تزوج سببه التماسل . والمساكنة والوادة والمبة سببها إراقة الخمر للواهب ، والمقصود من البيع ونحوه انتفاع كل من المتعاضدين بما يصير إليه فإن كان عديم النفع أو محرماً لم يحصل

منه مقصود، فيبطل عقده والماوضة عليه<sup>(١)</sup> واستدل على اعتبار البواعث في المقود بما ذكره صاحب أعلام الموقعين من أن القمود في المقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وحله وحرمة<sup>(٢)</sup>.

ويجب أولاً أن نوضح أن ما ذكره الأستاذ صبيح الحمصاني من أن الفقهاء المسلمين قد بحثوا نظرية السبب في علم أصول الفقه ونظرية السبب في الفقه في الفروع لا يقوم عليه دليل على، فليس في الفقه الاسلامي نظرية للسبب بالمعنى المصطلح عليه في القانون الوضعي، وإن كان فيه على ما سنرى ما يحل محل هذه النظرية، ولا يضير الفقه الإسلامي ذلك فالتقانون الإنجليزي مثلاً لا يعرف نظرية السبب ويستفيض عن مفهومها بفكرة (الاعتبار) ولم يقل ذلك من شأن القانون الإنكليزي لأن لكل شريعة صياغتها الخاصة بها بل إن كثيراً من الفقهاء في الفقه اللاتيني يرون أن نظرية السبب لاسيا النظرية التقليدية عديمة الجدوى بل وخاطئة، والواقع أن الأستاذ صبيح الحمصاني قد دافع عن وجود نظرية السبب في الفقه الإسلامي باعتبار أن ذلك يدل على قوة الفقه الإسلامي وغناه، وقد أدى به ذلك إلى محاولة فرض نظرية السبب وأساسها روماني على الفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup> وإن ما بحثه علماء أصول الفقه في مبحث السبب لاصلة له بنظرية سبب الالتزام في القانون أو الفقه الإسلامي ذلك أن مبحث السبب في أصول الفقه لا يتصل بموضوع الالتزام أو العقد فحسب بل هو فكرة فلسفية منطقية تبحث الأسباب ومسبباتها، وما يشترط لهذه السببية من شروط وما يقف في طريقها من موانع تحول دون وقوع المسببات بناء على الأسباب.

(١) الفروق القرآني ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٦ .

(٣) على التخصيل الذي سبق وفي حدود الخلاف الذي يذهب إلى أن أساس النظرية هو

في القانون الكنسي بعد أن تقرر مبدأ الرضائية .

والسبب في الأصول - من أقسام الحكم الوضوي - فهو أمر يتعلق بحكم الشارع لا بفعل للكلف الذي قد يكون سبباً للحكم فحسب ، وقد يرد الحكم على الكلف الذي يلتزم به دون أن يكون له شأن في سببه . كما أن السبب في أصول الفقه يشمل العبادات والعقوبات وللمعاملات وغيرها بينما نظرية السبب في القانون تتعلق بالالتزامات والالتزام الإرادي بالذات ، وهي فكرة قانونية فحسب ، وقد سبق أن أشرنا في مبحث السبب في أصول الفقه الإسلامي إلى ذلك والنصوص التي أوردها المؤلف واحتدل منها على أن السبب في الفقه الإسلامي هو الفرض المباشر المقصود من المقد لا تمن على هذا التصور فإن المراد بلفظ المقصود في النصوص التي نقلها ليس مقصود الماقدن بل مقصود الشارع وبذلك ينهار أساس الدعوى بأن السبب في العقود للزمة للجانبين في الفقه الإسلامي هو الفرض المباشر المقصود من المقد وإذا أخذنا بمعنى هذه العبارة حسب القانون الوضوي كان ذلك غريباً عما قصده الفقهاء المسلمون .

وما ذكره الأستاذ المحضائي من أن السبب في عقود التبرع هو نية التبرع فإنه لا يفتق مع التشريع الإسلامي في نزعه إذ أن نية التبرع ذاتها لا تنفي شيئاً في الفقه الإسلامي وللتبرع دائماً أبداً بقصد غرضاً من الأغراض وذلك واضح في الفقه الإسلامي أكثر من أي شريعة أخرى . فقد ورد في الحديث الشريف « إن الله لا يقبل من العمل إلا ما كان له خالصاً وابتني به وجهه »<sup>(١)</sup> فالمسلماً دائماً يقصد منه غرض يدفع إليه والتصرف القانوني لا يخرج عن هذه القاعدة وهذا الفرض قد يكون مقابلاً مادياً وهو مشروع وقد يكون رجاءاً في الثواب وهو أولى بالشرعية ولا أدل على ذلك من أن الهبة والصدقة في الفقه الإسلامي

---

(١) البيان والصرف في أسباب ورود الحديث ج ١ ص ١٩٧ .

لا يقصد بها أساساً نفع الموهوب له وإنما نفع الواهب<sup>(١)</sup> وهذا النفع لا يتصور إلا أنما ممنوعاً « إذا لم تكن الهبة بموضع » ، وتبدل نية التبرع شيئاً لا جدوى منه بذاته في الفقه الإسلامي ، على أن نية التبرع كما رأينا حتى في نظرية السبب في القانون لا تمنى شيئاً إذا جردناها من البواعث التي تحركها وتدفعها .

على أنه حتى ما ذكره الأستاذ صبيح الحمصاني : يفيد في بيان أهمية المعاوضة ذلك أنه في عقود المعاوضة يقصد منها انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير إليه فإذا كان أحد المتعاضدين محرمًا أو عديم المنفعة لم يحصل منه مقصوده فيبطل عقده والمعاوضة عليه فالمعاوضة تحتل باختلال جانب منها ولذلك يبطل العقد فالمعاوضة عملية تبادلية حدد الشارع الإسلامي المجال الذي تتم فيه بحيث تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد ، أما في التبرعات فإن المؤلف نفسه نقل أن الهبة سببها إرادة الخير للواهب ومن ثم فإن نية التبرع في ذاتها ليست شيئاً ذلك أن الواهب ينتظر العوض على هبته « إذا لم تكن بموضع » وهو يجد هذا العوض في الثواب أو رجائه من الله تعالى وهو نعم العوض — لأن فلسفة التشريع الإسلامي لا تأبى اعتبار الثواب عوضاً كافياً عن الهبة أو الصدقة بل أنها تجعله عوضاً لا يبادل به عوض . ينشأ يأبى المطلق القانوني الوضعي ذلك التصور ويأخذ بتصوير مادي تحت يحمل الهبة مقصوداً بها نفع الموهوب له ، ولذلك فإن سببها عند من يقولون بأنه نية التبرع ، يعد تصويراً لا غنى عنه لتفسير نزول المرء عن ماله بلا عوض مادي من الموهوب له وإن كان هناك

---

(١) وفي ذلك تختلف الفرية الإسلامية عن الفرائع الوضعية إذ أن الهبة والصدقة يقصد بها الواهب جلب النفع له أساساً وهو رجاء الثواب في الدنيا أو الآخرة بعكس الفرائع الوضعية والزعة المادية هي الغالبة فيها — فهي تنظر ابتداءً إلى الهبة باعتبارها نقداً مادياً للموهوب له .

بواعث على الهبة تحرك نية التبرع ، وقد تحقق غرضنا من الأغراض الواجب إلا أن المطلق السادى هو الذى جعل الهبة فى التشريعات الوضعية تصبه إلى جمع الموهوب له وعلى قدر هذا الفطر كانت حماية الواهب ومسئوليته التى تختلف عن مسئولية المتصرف فى عقد معاوضة ، وحتى فى الهبة فى الفقه الإسلامى . فإن اختصار الموضوع عنها أمر غير بعيد عن المتصرف فقد ورد فى حديث الرسول عليه السلام : « الواهب أحق بهبته مالم يشب عنها » والثواب هنا قد يكون ماديا ، وقد يكون لاكتساب المديح والثناء باظهار الجود والسخاء<sup>(١)</sup> أو طمعا فى المكافأة أو المجازاة عرفا وعادة<sup>(٢)</sup> .

#### السبب هو المقصد الأصلي للعقد :

بحث الدكتور وحيد سوار فى رسالته التمييز عن الإرادة فى الفقه الإسلامى نظرية السبب ، وقد بحث سبب الالتزام بالمعتين الذين احتضنت بهما نظرية السبب فى القانون وهما السبب القفى والسبب المصلحى<sup>(٣)</sup> ، ورأى أن الشريعة الإسلامية تعطى الأهمية لصيغة العقد فركن العقد هو صيغته ولا محل بعد ذلك لركن السبب ، ونسأل عما إذا كان نصيب السبب ضئيلا فى الفقه الإسلامى وهل يدل ذلك على اندام الشكل فى ذلك الفقه ورأى أن نظرية وحدة الصفقة ونظرية التنظيمية ونظرية مجلس العقد ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد فى بعض

(١) الباعث ج٦ ص ١١٥ .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٣) أخذ الدكتور وحيد سوار بهذه التسميات السبب موافقا للدكتور عبدالحى حجازى

فى النظرية العامة للالتزام .

مذاهب الفقه الاسلامى هى بمثابة قيود حلت على مبدأ الرضاية الذى قرره الفقه الاسلامى طرفة واحدة .

إذ أوجد الفقه الاسلامى نظرية التعادل لى لا تميل الرضاية كل الميل فيتهى الأمر إلى التفاضل أو التفرع كما أوجد نظرية الباعث لى لا تؤدى الرضاية مقاصد الشارع<sup>(١)</sup> ، ورأى الدكتور وحيد سوار أن الفقه الاسلامى استطاع التوصل إلى إبطال التزامات مستوفية لشروطها لارتباطها بالالتزامات أخرى محلها غير مشروع عن طريق شروط الحل فإذا كان الحل غير مقدور الاستيفاء فعلا كان العقد باطلا ، وكذلك عن طريق شروط الإرادة التعاقدية فن شروطها أن تكون جادة جازمة فالالتزام ينقل شخص إلى مكان بعيد فى زمن قصير ينهى عن إرادة غير جازمة فيكون العقد باطلا كما يُبطل الفقه الاسلامى التزام شخص بدفع مبلغ من المال لقاء عدم خطف ابنه عن طريق شروط العقد الذى يشترط أن يكون مفيداً فإدام الإنسان ملزماً بعدم الأضرار بأخيه كالعقيدة الشرعية — لا ضرر ولا ضرار — فإن الاتفاق يكون غير مفيد لمن يلزم بدفع المال .

ورأى الأستاذ وحيد سوار أن الفقه الاسلامى يسير وفق نظرية تركيبة تجعل من التصرف الولد للالتزام قاعدة لبنائها ويختلف ذلك عن المنطق الرومانى الذى جعل الالتزام وحدة لأبحاثه فنظر إلى العقد التبادلى كسلسلتين متقابلتين من الالتزامات ، وبذلك فإن السبب فى الفقه الاسلامى يكون هو مجموع الآثار المتولدة فإذا كانت هذه الآثار سليمة ذات محل مشروع كان العقد

---

(١) التمييز عن الإرادة ص ٤٨٥ .



صحيحاً وإلا كان باطلاً ، فالسبب في الفقه الإسلامي ليس جواب السؤال لم ألزم للدين — ولكنه جواب من يسأل لم عقد العاقد العقد ؟ فالتصرف القانوني وسيلة إلى الآثار والآثار هي السبب الذي دفع العاقد إلى التعاقد<sup>(١)</sup> ، وعرض الأستاذ وحيد سوار بعد ذلك لأراء ثلاثة :

أحدها : تفسير الامتناع للشروع عن الوفاء<sup>(٢)</sup> .

وثانيها : لبحث أساس حق الفسخ<sup>(٣)</sup> .

وثالثها : في أساس تحمل النتيجة<sup>(٤)</sup> .

وأول هذه الآراء أنكر أن يكون في الفقه الإسلامي نظرية للسبب ، وقرر أن دور هذه النظرية لم يبرز لأن الفقه الإسلامي يسلّم بأن التصرف هو الأمر الذي يستطيع العاقد اكتسابه والآثار جلية من الشارع وحتى في عقود المعاوضات فإن الشارع قد نظمها بحيث لم يكن هناك مجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية على أساس إرادة المتعاقدين .

وثاني هذه الآراء هو في أساس حق الفسخ وقد رأى الأستاذ حسن على القانون أن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو انعدام الصلة بين ركن الرضا وركن المحل — إذ لما كان هذان هما الركبان في العقد في الفقه الإسلامي فإن الصلة بينهما يجب أن تكون سليمة — فإذا تبين أنها معيبة أو انعدمت هذه الصلة كان فسخ العقد أو انقضاءه ولذلك يكون أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو نظرية اتصال الرضا بالمحل .

---

(١) المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٢) الامتناع المبرور عن الوفاء للدكتور صلاح التامي — رسالة .

(٣) النظرية العامة لفسخ للدكتور حسن على القانون — رسالة .

(٤) نظرية تحمل النتيجة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي عبد البر — رسالة .

وثالث هذه الآراء ذكره الدكتور محمد زكى عبد البر في أساس تحمل التبعة ، وقد ذهب إلى أن نظرية السبب غير موجودة في الفقه الإسلامى ، وأن أساس تحمل التبعة هو التنازل بين الالتزامات .

والحق أن ما أورده الأستاذ وحيد سولر في نقد الآراء السابقة نوافق عليه جملة ، ذلك أن ما ذكره الدكتور صلاح الدين النامى من أن الفقه الإسلامى يراعى التكافؤ فى المراكز التعاقدية ولا يترك الماقد للاخلال به إنما يمد فى الواقع رأينا الذى ندلى به من بعد من أن المعاوضة بشروطها التى أوردها للشارع تقوم بدور نظرية السبب فى القانون كاملا ، وما ذكره الأستاذ حسن على القنون فى نظرية اتصال الرضا بالحل وأنها أساس حق التسخى فلا يسعنا الموافقة عليه لأن اعتبار الحل ركنا فى العقد ليس مسلما فى الفقه الإسلامى ، وما كان غير مسلما لا يبنى عليه نظرية عامة فى ذلك الفقه ، وفضلا عن ذلك فإن الرضا والحل عنصران لا يفتقان فى طبيعتهما فكيف يفترض اتصالا بينهما ثم نجعل هذا الاتصال أساسا لحق الماقد فى التسخى عند انعدام الحل أو امتناع الماقد الآخر عن التنفيذ ، فالرضا عنصر نفسانى والحل عنصر مادى ، وفضلا عن ذلك فإن الرضا لا ينصب على الحل وحده بل وما يحيط به من شروط وأوصاف بعضها يميز التسخى عند تخلفه مع سلامة الحل نفسه ، كالتسخى عند عدم تسليم الشيء المبيع فى الموعد المحدد أو فى المكان المعين ولا يسع هنا إلا القول باتصال الرضا بالحل بكافة شروطه ، وأوصافه المتفق عليها ولا شبهة فى أن ذلك أمر يرجع بنا إلى الرضا سره أخرى ، أما ما ذكره الأستاذ محمد زكى عبد البر من أن الفقه الإسلامى ليس به نظرية للسبب ، فإن ذلك لم يجادل فيه أحد وإنما الخلاف حول ما إذا كان هناك مفهوم معين لفكرة السبب فى الفقه الإسلامى ، كما

يعرفها القانون أم ليس في الفقه الاسلامي مقابل لذلك المنصر فهو يستغنى عنه بلا بديل له ، وإذا كان ذلك محلا للتساؤل ، فإن المؤلف في رسالة نظرية تحمل التبعة أرجح أساس تحمل التبعة إلى طبيعة العقد الملزم للجانبين والتي تقتضى أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل لأن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، فإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين اقتضى الآخر ، وإذا استحال التنفيذ في جزء من الالتزام اقتضى جزءه بعبارة من الالتزام المقابل .

وإذا كان الأمر كذلك فإن فكرة المعاوضة تكون أوفى بالترض ذلك أن الشارع في الفقه الاسلامي لم ينظم طبيعة العقد الملزم للجانبين أو التقابل بين الالتزامات فيه ، ولكنه كما سنرى فيما بعد اعتد بالمعاوضة ونظم شروطها وسعود إلى مناقشة ذلك فيما بعد عند بسط فكرة المعاوضة المتغيرة شرعا .

### المقصود الأصلي في العقد :

وقد رأى الدكتور وحيد سوار أنه يستطیع تعريف المقصد الأصلي للعقد بأنه الناية النوعية أى الحكم الأصلي الذى جُمع العقد طريقا مشروعا للوصول إليه<sup>(١)</sup> . فالمقصود الأصلي لعقد الإيجار هو تمليك المنفعة بوض ، وفى عقد الهبة يكون المقصد الأصلي هو نقل الملكية عجانا والمقصود الأصلي لعقد النكاح هو حل التمة الزوج والزوجة ، وبهذا المعنى ، فإن خصائص السبب تبدو فى أنه ذو طابع مادی وهو يحدد لنوع التصرف وهو ممثل لوظيفة التصرف الاجتماعية أو الاقتصادية .

---

(١) الصير عن الإراحة ص ٥٠٠ .

والمقصد الأصلي يترادف مع حكم العقد فالحكم الأصلي للعقد هو مقصده الأصلي بعد أن ينتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل وإبان هذا الانتقال يطلق على المقصد الأصلي موضوع العقد فالمقصد الأصلي ، والحكم وللوضوع وحدة متعددة لحقيقة واحدة مثلثة الوجوه فإذا ما نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل العقد كانت مقصداً أصلياً أى جلب مصلحة أو دفع مفسدة وإذا نظر إليها من وجهة نظر الشارع بعد العقد كانت حكماً أصلياً مترتباً عليه<sup>(١)</sup> .

ويميز المقصد الأصلي عن محل العقد ، فالمحل هو المقنود عليه الذى يثبت فيه حكم العقد وهو ما يلزم به اللدين كالبيع أو الثمن فى عقد البيع والنفقة للزوجين فى عقد الزواج أما التحليل فى العلاقة الزوجية فهو موضوع العقد ، وابتعد الدكتور وحيد سوار من يخطئون بين موضوع العقد ومحله باعتبار أن الأول هو إيقاع الأثر ، والثانى هو مسقط الأثر ، ورأى أن تحقيق المقصد الأصلي هو من عمل الشارع وأن قصد الماقد للمقصد الأصلي هو تزيد لأن ذلك من عمل الشارع<sup>(٢)</sup> .

وانتهى بعد ذلك إلى أن المقصد الأصلي هو أساس الالتزام الماقدين ويكون فى البيع مثلاً نقل الملكية بموض وهو المظهر الشرعى ثم مبادلة المال بالمال وهو المظهر العملى والمظهر الأول أساس الالتزام المشتري بدفع الثمن ، وأن المظهر الثانى أساس امتناع المشتري عن دفع الثمن عند هلاك المبيع لأن أساس الالتزام المشتري بدفع الثمن هو مبادلة المال بالمال<sup>(٣)</sup> وما دامت هذه المبادلة قد تعذرت فإن الالتزام المشتري يسقط ، والمقصد الأصلي بعد ذلك مصدر القوة الإلزامية للتصرف وهو

(١) المرجع السابق ص ٥٠٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٦ .

(٣) ولا معنى لذلك سوى أن الماوضة أو المبادلة المخترة شرطاً من أساس الالتزام .

السوغ لحماية الشارع له لأنه في عقد البيع مثلا فإن نقل الملكية بوض هو السوغ لمطالبة المشتري بالثمن أو مطالبة البائع بتسليم البيع وهذه المطالبات تؤكد المقصد الأصلي وعبر عنها الدكتور وحيد سوار بالمقاصد الثلاثة ، وقد كان بحث المقصد الأصلي مقابلا لسبب التقى ( التقى يأخذ به بعض الفقهاء ويعمل السبب مزدوجاً ) ذلك أن السبب التقى هو عنصر فنى فى تكوين العقد أو تنفيذه أما الحماية الاجتماعية فلا يفرها فى رأى من يأخذ بتعدد السبب سوى السبب المصلحى أو السبب بمعنى الباعث .

ثم عرض الدكتور وحيد سوار لما أسماه بالسبب المصلحى فى الفقه الإسلامى وبحث مذاهب الفقه فى الباعث على العقد إذا كان غير مشروع — وكما ذكرنا من قبل — فإن المذهب الشافعى لا يمتد بالباعث إلا إذا كان مذكوراً فى صيغة العقد أما المذهب الحنفى فهو لا يطل العقد إلا إذا كان للغرض أو الباعث غير المشروع قد تضمنته صيغة العقد . ثم أورد المؤلف ما أسماه بالنظرية الثنائية فى المذهب الحنبلى وكل ذلك على نحو لا يكاد يختلف عما ذكرناه من قبل مما أوردته الأستاذ السهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى — عند بحث السبب ، وسعود إليه تفصيلاً عند الحديث من الناية من العقد فى الفقه الإسلامى .

#### نقد نظرية المقصد الأصلي :

ذكر الدكتور وحيد سوار فى مبدأ بحثه عن السبب فى الفقه الإسلامى وهو ما عقده فصلاً كاملاً فى رسالته أن الفقه الإسلامى يتميز بمصياغة خاصة ولا يضيره ألا يكون به نظرية للسبب على غرار الفقه اللاتينى ولكن الواضح من

استعراض ما ذكره أنه لم ينبع ذلك المنهاج في بحثه قد تأثر تأثراً واضحاً  
بأمرين :

أولهما : التفرقة بين السبب الفنى والسبب المصلحى فى الفقه الإسلامى وهذا  
الشكل من التفرقة لا أثر له فى ذلك الفقه وإنما هو مستوحى من الفقه اللاتينى  
ومن رأى بعض من يقولون بازدواج السبب فيه .

وثانيهما : أن ماعرضه فى المقصد الأصلى وأنه للمسوغ والبرر لحماية الشارع  
للتصرف القانونى إنما هو تأثير ظاهر بصياغة النظرية الإيطالية فى السبب والذى  
تجعل السبب هو للمسوغ للحماية القانونية للتصرف أو هو وظيفة التصرف  
القانونى نفسه والسبب بالمعنى المتقدم يختلف عن السبب الذى يعتبر من عناصر  
تكوين المقدم منذ تكوينه حتى تنفيذه .

وأول ما يوجه من نقد لتفرقة بين السبب الفنى والسبب المصلحى هو  
ما ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهورى من أن الربط بين النظريتين التقليدية  
فى السبب ( والذى تخلص إلى السبب الفنى ) . والنظرية الحديثة ( والذى تخلص  
إلى اعتبار السبب هو الباعث ) هو ربط بين نظريتين مختلفتان كل الاختلاف  
فى الأصل التاريخى وفى النزعة فالنظرية التقليدية قد تسربت إلينا عن الفقهاء  
الرومانيين الذين أحيوا القانون الرومانى فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر  
الصياغة الرومانية . أما النظرية الحديثة فقد قال بها الفقهاء الكسزيون بانين  
إياها على أصول خلقية ودينية ومبادئ بها عن الصيغة الرومانية بد أن حرروا  
الارادة من قيودها الشكلية .

ويؤخذ على نظرية للمقصد الأصلى كما بسطها الدكتور وحيد سوار أنها  
تعملنا بعيداً عن مدار البحث الذى نقناوله — فإذا كنا نعرض لمفهوم فكرة

السبب في الفقه الإسلامى — فإن نظرية المقصد الأصلى لا تصلح عنصراً من عناصر تكوين المقد أو استمراره .

فالمقصد الأصلى ليس بديلاً لفكرة السبب الفنى أو نظرية السبب في الفقه التقليدى القرنى ذلك أن للمقصد الأصلى أمر يخص الشارع ولا علاقة للكلف أو المتعاقب به وهو محدد سلفاً من الشارع ، ومحدد بطريقة عامة تتفق مع طريقة الشارع الإسلامى في بيان مقاصده بل أن الشارع الإسلامى قد حدد المقصد الأصلى لجميع العقود والتصرفات في المعاملات بأنه «توهمها لبقاء المقدور شرعاً» فالمقصد الأصلى هو الحكم ونحن نبهت عن السبب . ذلك أن قل الملكية بموضع وهو المقصد الأصلى لمقد البيع لا يفيدنا بشيء عند البحث عن أساس التزام الماقد بدفع الثمن أو قل الملكية .

وقد ضرب الأستاذ وحيد سوار ثلاثة أمثلة لالتزامات أبطلها الفقه الإسلامى عن طريق شرائط الحل أو الرضا . فأبطل الالتزام بدفع مبلغ معين لشخص نظير التشهير بشخص معين لأن هذا الالتزام غير مقدور الاستيفاء شرعاً لأنه معصية ، كما أبطل الالتزام بنقل شخص معين من مكان بعيد إلى مكان آخر في زمن يسير لأن الإرادة هنا غير جازمة وأبطل الالتزام الذى يعمد فيه شخص بدفع مبلغ من المال لآخر لقاء علم خطف ابنه لأن المقد لا يكون مفيداً ، والواقع أننا في الأمثلة الثلاثة التى ذكرها نستطيع أن نرجع طلائع الالتزام فيها إلى فكرة المعاوضة المعبرة شرعاً فإن الناية من المعاوضة في المثال الأول هى غاية يأبأها الشارع ففى غير مشروعة ولذلك تبطل المعاوضة ويبطل الالتزام بدفع مبلغ معين تبعاً لذلك لا لأن الالتزام غير مقدور الاستيفاء شرعاً فتصن لا نبهت

القدرة المشروعة في الالتزام وإنما نبعث القدرة فحسب فيبيع الطير في الهواء باطل لأنه يؤدي إلى النور<sup>(١)</sup> حتى ولو أمكن صيده فلا لأن أحكام الشارع تناط بأفعال المكلفين ذاتها لا بحكم الشارع فيها، فحتى كان التشهير بشخص معين مقدوراً فلا للمكلف لأنه لا يمتنع عقلاً كان حكم الشارع هو المانع وليس العمل بطبيعته مادام غير محتاج بذاته عقلاً ، وفي المثال الثاني فإن التزام شخص بدفع مبلغ من المال لشخص يتعهد بنقله إلى مكان بعيد في زمن قصير . إما أن يكون تنفيذه ممكناً ، وبالتالي يكون مشروعاً وتكون المأوضة جائزة ويلزم طرفاها بما أوجبا على نفسيهما بالتعاقد ، وإما أن تكون عملية النقل في الزمن اليسير مستعجلة استعالة مطلقة . فإذا كان الأمر الثاني ، وهو الالتزام بمستحيل . فإن عملية المأوضة نفسها تكون محيية ويسقط التزام الطرف الأول بدفع المبلغ لقوات المأوضة فلا يكون هناك أساس للالتزام بدفع النقود مادام النقل غير ممكن . أما إذا كان التعاقد يعلم باستعالة النقل ومع ذلك يتعهد بإتمامه فلا يخلو الأمر من أن يكون هازلاً أو معيب الإرادة بوجه من الوجوه وهنا يصح إبطال شرائط الرضا ، وفي المثال الثالث الذي أبطل فيه الالتزام بدفع مبلغ من المال لشخص آخر لقاء عدم خطف ابن الملتزم فإن المأوضة كأساس للالتزام تكفي لإبطال الالتزام بدفع المال نظير عدم الخطف فإن الامتناع عن الخطف لا يبعد مأوضة معتبرة شرعاً ذلك أن المأوضة هي عملية مبادلة . وما يلزم به الشارع لا يقوم به الأجر على الطرف الثاني وتكون هنا أمام تخلف أحد الموضوعين مما يبطل العقد ، ولذا أمام عقد غير مفيد . إذ الفائدة من عدم خطف

---

(١) ولأنه مال مباح لا اختصاص لأحد به قبل صيده .



ابن الملتزم محقة ، ولأن استفادة الناس من قاعدة لا ضرر ولا ضرار أمر واقع  
إذ لا معنى من إيجاب القاعدة على الناس - إلا استفادة بعضهم من بعض عند  
تطبيقها بالامتناع عن الإضرار .

وأخطر ما في نظرية المقصد الأصلي أن يعتبر السبب في الفقه الإسلامى هو  
مجموع الآثار المتولدة من العقد فنحيط بذلك بين عنصر يلزم عند تكوين العقد  
والآثار التى لا تترتب إلا على عقد فأمم وصحيح في نظر الشارع فإن الآثار التى  
يرتبها الشارع على عقد البيع - هى التى تترتب على عقد البيع الصحيح الذى  
يستوفى أركانه وشروطه فكيف نجعل سبب العقد أو أساس الالتزام هو أثر  
العقد أو مجموع الآثار المتولدة من التصرف .

وأما القول بأن الآثار هى الناية النوعية من العقد أى المقصد الأصلي  
أو الحكم الأصلي الذى جعل العقد طريقاً إليه فإن الناية النوعية من العقد  
ليست هى الآثار التى تنبثق عنه لأن الآثار التى تنبثق عن العقد تكون غير  
محددة بل تختلف باختلاف المآخذ وظروف العقد ، وقد نظم الفقه الإسلامى  
آثار العقد بحيث يؤولى العقد وظيفته ، غير أنه مع ذلك ترك - كما سنرى فيما  
يلى - مجالاً لاختلاف آثار العقود بعضها عن البعض الآخر ، أما الناية النوعية  
فواحدة ولا تتغير وهى ليست أثر العقد أو مجموع الآثار المتولدة منه . بل الناية  
النوعية من العقد . إن صح هذا التعبير في الفقه الإسلامى - هى مجرد وسيلة  
لتقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات سواء فى الابتداء أو الانتهاء أو فيها مما  
يحسب الناية من العقد حسباً وضمها الشارع .

ومن ناحية أخرى فقد عرض الدكتور وحيد سوار لما أسماه السبب  
للصلحى في الفقه الإسلامى واستعرض مذاهب الفقه الإسلامى فى شأن السبب  
بمعنى الباحث الدافع على التماقذ فى الحلة التى يكون فيها الباحث مذكوراً فى

صينة العقد أو غير مذكور فيها — مما تعود إلى مناقشته تفصيلاً عند بحث  
الغاية من الماوضة الشرعية — وإذا كان السبب القنى هو المقصد الأصلى كما  
توجه إلى ذلك رأى القى أسلفناه فكيف يكون الباعث على العقد سبباً  
مصلحةً فى الفقه الإسلامى ، ومن البديهى أن المقصد الأصلى أمر يختلف  
اختلافاً كاملاً عن الباعث أو النية فى العقد ذلك أن المقصد الأصلى أمر  
موضوعى ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود وهو من شأن الشارع لا يملك  
العائد فيه تغييراً أو تحويراً بينما الباعث على العقد أمر ذاتى يتعلق بكل عاقد  
على حده وهو متميز بالنسبة لكل متعاقد وهو أمر يتعلق بالمتعاقد ولا صلة له  
بالشارع إلا من ناحية حكم الشارع فيه .

فكيف يكون السبب فى الفقه الإسلامى من هذين المصيرين المختلفين  
الاهم إلا إذا كان المقصود أن تكون نظرية السبب فى الفقه الإسلامى على غرار  
نظرية السبب فى الفقه اللاتينى بل وتأخذ أيضاً بازواج السبب إلى سبب قنى  
وسبب مصلحى .

وفضلاً عما تقدم فإن هذا رأى حينما يربط بين المحل وبين المقصد الأصلى  
لإبطال عقد بيع يقع على شيء محرم مما لا يقوم فى نظر الشريعة الإسلامية فإنه  
لا يظهر لهذا الربط فائدة ، ذلك لأن بطلان التصرف القى يقع على شيء محرم  
كالبقعة أو الدم أو لحم الخنزير ( فيما عدا ما يقع بين غير المسلمين ) أمر مقرر  
فى أى عقد سواء فى عقود الماوضات أو عقود التبرع ، والقول بأنه عن طريق  
هذا الربط تبطل العقود المخالفة للنظام العام على أساس أن البطلان هنا مترتب  
على تخلف المقصد الأصلى مبالغ فيه . ذلك أن بطلان هذا التصرف بسبب  
حرمة المحل ذاته لا علاقة له بالمقصد الأصلى من العقد إذ البطلان هنا يلحق أى

تصرف حتى ولو لم يكن عقداً ، وذلك راجع إلى تحريم الشارع الإسلامي أشياء معينة لم يحمل لها قيمة مالية في نظر الشارع ، فلاستيلاء على خمر لا يكسب ملكيتها لأنها ليست مالا وترك للورث خمر أو لحم خنزير لا يتلقى الوارث ملكيتها لأن هذه الأشياء ليست مالا في نظر الشارع .

أما النظام العام في الفقه الإسلامي فهو يتعلق بأمر واحد وهو أن تحريم الانتفاع بأشياء معينة من قبل الشارع هو من حقوقه التي تطلب حقوق العباد فإذا ترتب للعباد فيها بينهم ، وبسبب أي عقد أو تصرف سواء كان إرادياً أو غير إرادى — أية حقوق في أشياء مما حرمها الشارع فلن هذا التصرف لا يكون له أثر لأن ما حرمه الشارع لا يملك المكلف أو المأخذ أن يستند في ملكيته أو الانتفاع به إلى سبب من الأسباب التي شرعت للملكية وهي كلها أسباب ورد بها الشرع فلا تضد وسيلة إلى مخالفته باكتساب ملكية أو منفعة شيء محرم .

على أن فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي — والتي تتعلق بتقسيم الحقوق إلى ما يتعلق منها بحق الشارع أو حق المحكوم — هي فكرة أعم من المقود ولا تقتصر عليها بل أنها تتم سائر أبواب الفقه من عبادات وعقوبات وأحوال الإنسان الشخصية بل إن هذه الفكرة في مجال المقود لا تكاد تظهر بالقدر الذي تظهر به في نواح أخرى من الفقه كالعبادات أو العقوبات وإذا قلنا أن بطلان بيع ما حرمه الشارع يرجع إلى النظام العام من طريق الربط بين محل العقد والمقصد الأصلي فإن ذلك لا يفيد في تحليل البطلان في العقد — لأننا نستطيع تحليل إبطال أي تصرف من عبادات أو معاملات أو أحوال شخصية إذا انصب على شيء غير مشروع أو استهدف غرضاً غير مشروع بأن مقصده

الأصل قد تختلف ، وحينئذ تترك حادثة سبب الالتزام أو سبب العقود إلى حكم تصرفات المكلف عامة حينما يتخلف مقصدها الأصل احدى وضه الشارع .

أما أن المقصد الأصل يمثل لوظيفة التصرف القانونى لأنه ينتظم النرض الاقتصادى أو الاجتماعى الذى يسوغ وجوده فهو تأثر واضح بالنظرية الإيطالية فى السبب ومحاولة لفرض مفهومها على الفقه الاسلامى ، وإذا كان السبب يمثل وظيفة التصرف القانونى فكيف يكون السبب غير مشروع كما فى حالة السبب المصلحى مثلا ، وإذا تلفت الوظيفة الاجتماعية أو الاقتصادية للعقد وكان محل العقد مشروعاً والباعث عليه جائزاً فما حكم هذا العقد وأخيراً فإن ما ذكره الدكتور وحيد سوار — بعد ذلك — عن المقصد الأصل وتعارض المقصد الأصل مع قصد المكلف واستواء قصد المكلف إلى المقصد الأصل مع عدم قصده إليه ، كل ذلك أدخل فى السبب فى أصول الفقه الاسلامى — منه إلى سبب الالتزام — وقد استمد ما رجع إليه فيه من مؤلفات الأصول كالمواقفات<sup>(١)</sup> .

#### السبب عند فقهاء الشريعة المحمديين :

كان فقهاء الشريعة الاسلامية على وجه العموم فى كتاباتهم فى نظرية العقود . أو فى أحكام للمعاملات الشرعية من المحافظين حقاً على صياغة الفقه الاسلامى . ولم يحاولوا فيما قرأنا لهم أن يطلقوا صياغة نظرية السبب فى القانون وفى الفقه اللاتينى بصيغة خاصة ليحولوها أساساً لنظرية السبب فى الفقه الاسلامى أو يشيدوا على منوالها هذه النظرية .

إذ يبدأ الفقهاء المحدثون عند — تناول أحكام للمعاملات — فى دراسة

المقود كنظرية عامة ، وهذه النظرة تراها أفضل من البدء بدراسة الالتزام  
إذ أن تصور الالتزام مستقلا والبدء بدراسة أشق من تصور العقد ابتداء ،  
ثم دراسة ما يضرع عنه وهو الالتزام ، وإذا كان هناك التزامات أخرى  
لا تنشأ من العقد كما في الالتزام الناشئ عن العمل غير للشروع . فإن العقد  
ما زال من أغنى المصادر للالتزام في الحياة العملية ، وما ينشئ من التزامات  
أو ما تنشئ مصادر أخرى تكاد تحكمها في بعض الدواحي قواعد متائلة ،  
وإذا كان الفقهاء المحدثون يبدأون بالعقد وهو عندهم ارتباط الإيجاب بالقبول  
على وجه يظهر أثره في الحل ، فإن الصيغة هي ركن العقد وهو مسلم في الفقه  
الإسلامي ، ولا عمل لركن السبب في العقد بالمعنى الذي يقصده القانون ، غير  
أن بديل هذا للمعنى موجود بلا جدال في الفقه الإسلامي وهو يمثل في وثيقته  
ما يؤدبه السبب في الالتزام أو العقد .

على أنه يلاحظ أمران :

أولها : أن السبب يستعمل بمعنى المصدر للنشأ للالتزام فعقد البيع سبب  
وعقد الإيجار سبب للالتزام للتأجير أو للسأجر ، وهذا المعنى كان ملحوظا  
في القانون الروماني كما سبق أن ذكرنا .

ثانيها : أن من كتبوا في نظرية المقود في الشريعة الإسلامية ، دون  
استثناء تقريبا بحثوا الباعث على العقد بحثا مقصلا وهو بمعنى السبب في النظرية  
الحديثة للسبب<sup>(١)</sup> ، وهم يعتبرون ذلك في صدد نية العاقد وآثرها في العقد من حيث  
أنها تؤدى إلى صحة العقد أو بطلانه على التفصيل الذي ورد في مذاهب الفقه  
الإسلامي ، وفي البحث عن النية والباعث على العقد تنهق الشريعة الإسلامية

(١) ينظر النظر عن التفرقة بين باعث دافع وغيره .

والقانون من حيث اشتراط مشروعية الباعث عند تكوين العقد وفي تأثيره إذا لم يكن مشروعا عليه .

والنية قد تختلف عن الباعث الدافع الذي يعتبره القانونيون سببا . والأصل السلم به في الشريعة الاسلامية أن النية أمر داخلي لا يعلمه إلا الله ولا نعرف في الفقه الاسلامي حالة يلزم فيها للمعاقد بأن يبيح عن نية الطرف الآخر للمعاقد معه إذ النية مردها إلى الله والتكليف بالبحث عنها بالنسبة لشخص آخر يخرج عن مقدور المكلف فضلا عن أنه لا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة والى بقدره أن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر<sup>(١)</sup> .

وقد تناول الأستاذ الشيخ على الخفيف في كتابه أحكام للمعاملات الشرعية سبب العقد بمعنى الباعث عليه ، فذكر أنه إذا كانت إرادة العاقد لا تتفق مع آثار الالتزام المطلوب بأن اتجهت إلى غرض غير مقصود من الشارع ، فإن الرأي في ذلك يتبع حكم الفرض فإذا كان غرضا محظورا<sup>(٢)</sup> حرمه الشارع فقد ذهب الامام أبو حنيفة والامام الشافعي إلى أن ذلك لا يؤثر في صحة العقد ما دامت العبارة التي أنشأت العقد قد خلت من بيان ذلك الفرض ولو كان معلوما من المافدين ، وذهب الامام أحمد بن حنبل والامام أبو يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة إلى بطلان العقد إذا كان يقصد به تحقيق غرض غير مشروع إذ أن في هذه العقود إغارة على معصية ، وأما المالكية فقد وقفوا موقفا وسطا إذ أنهم رأوا أن هذه العقود صحيحة ، ولكن لا يجوز أن تبقى آثارها بل يبيح للمشتري على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه إذا أدى تملكه لشيء المشتري إلى معصية ، وقد جاء في منح الجليل « يمنع بيع آلة الحرب للعربيين من سلاح وكرام

(١) نظرية العقد الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٧٠٩ — ٧١٠ .

(٢) نظر الأستاذ الشيخ على الخفيف إلى غرض العقد من وجهة نظر الشارع وهو ما نراه سديدا فلم يرتب الحكم صراحة على نية العاقد غيب .

وسروج ، ويمنع بيع العنب لمن يتخذه خراً أو بيع جارية لأهل النساد الذين لا غيرة لهم<sup>(١)</sup> .

وقد يكون في هذا المرض لوجية الفقه الاسلامى فى السبب بمعنى الباعث على التصاقد شبه بما أوردناه من قبل من رأى للدكتور وحيد سوار - وذلك بالقول - بأنه إذا كانت إرادة العاقد لا تضى مع آثار الالتزام المطلوب بأن اتجهت إلى غرض غير مقصود من الشارع بطل الالتزام ، مما قد يفيد ان المقصد الأصلى للمقد هو الممول عليه فإذا تخلف كان العقد باطلا ويكون المقصد الأصلى هو السبب .

على أن الأستاذ الشيخ على الخفيف لم يمرض لهذه الوجبة بل عرض لمخالفة نية العاقد أو الباعث الذى دفعه إلى العقد لحكم الشارع جلة - لا فى عقد معين من العقود ، فإذا كانت نية العاقد فى عقد بيع هى مخالفة قصد الشارع ومرايمه على وجه العموم كان حكم العقد طبقاً لما أوضح اختلاف الفقهاء فيه ، ولا صلة لذلك بمجمل المقصد الأصلى لكل عقد هو سببه ، ولأن المقصد الأصلى للمقد البيع قد يتوفر وهو نقل الملكية بموض ويكون الباعث غير منروع ، وكذلك فإن الأستاذ وحيد سوار جعل المقصد الأصلى مقابلاً للسبب القنى ، وقد دار بحث الأستاذ الشيخ على الخفيف على الباعث أو السبب المصلحى فى رأى بعض الفقهاء .

وقد بحث السبب بمعنى الباعث أو نية العاقد فى العقد الأستاذ الدكتور محمد سلام ، مذكور فذكر أن مذاهب الفقه الاسلامى تختلف فى الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة فى التعبير عن الإرادة وأن المذهب الحنفى والشافعى يأخذان

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠٢ ، ٢٠٤ وماتن

بالارادة الظاهرة وعلى خلافها المذهب الحنبلي والمالكي وقد كان بحث تأثير نية العاقد في العقد متأثراً بالأخذ بالارادة الظاهرة في التعبير أو بالأخذ بالارادة الباطنة التي لا يتضمنها التعبير ، فاستوجب المذهب الشافعي أن يكون الفرض غير الشروع ظاهراً في التعبير بينما لم يشترط المذهب الحنبلي ذلك وأعمل أثر النية غير المشروعة في العقد تصحيحاً وإطلالاً ، وهذا القول يرد حكم المذاهب في النية أو الباعث وأثرهما في العقد إلى مبناه وهو الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة .

#### السبب هو المصدر المقتضى :

وقد ذهب البعض إلى أن الحق الشخصي ينطوي على عناصر ثلاثة هي صاحب الحق والشخص السكنت والحل الذي يتعلق به ، وان هذه العناصر إنما هي عناصر مادية ولا يكفي وجودها لوجود الالتزام بل لابد من سبب يربط طرفي الالتزام أى شخصه بموضوعه أى ينشئ الالتزام بين طرفيه ، وهو السبب وهو الحادثة الموجدة للالتزام ، وعلماء القانون يسمون هذا السبب مصدر الالتزام<sup>(١)</sup> وأورد أنه ليس في الفقه الاسلامي معنى لسبب الالتزام سوى المصدر الموقدة .

على أن هذا الرأي في الواقع ينفل أمرين أولهما أننا نبحث في الفقه الإسلامي عن مفهوم فكرة السبب في القانون أو بديل لهذا المفهوم وسنرى بلا جدال أن فكرة الماوضة الشرعية أو الماوضة التي يمتزها الشارع هي بديل نظرية السبب في القانون وأنها تقوم بنفس الدور التي يقوم به السبب

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ مصطفى الزرقا ص ٨ \*



سواء عند تكوين العقد أو لاستمراره ، وثانيهما أن الفقه الإسلامى بحث فى نية العاقد عند العقد وتأثير هذه النية فى صحة العقد أو بطلانه ولا يختلف ذلك فى كثير من السبب فى القانون بمعنى الباحث المانع .

### السبب هو النرض المباشر المقصود من العقد :

على أن للرحوم الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى قد بسط فى كتاب الأموال ونظرية العقد رأيه فى السبب فى الفقه الإسلامى ، ومن رأيه ان علماء الفقه الإسلامى وعلماء أصول الفقه بالذات قد بحثوا السبب فى الفقه الإسلامى لأن السبب الصحيح يعتبر شرطاً لا بد منه لقيام العقد أو الالتزام ، وعرف السبب بأنه النرض المباشر المقصود من العقد ، وذلك أخذاً من كلام الأصوليين ، وما يطلقون عليه كلمة سبب<sup>(١)</sup> ، وتناول الفقيه الكبير النية وأثرها فى العقد والشرط غير المشروع وحكمه إذا ذكر فى العقد أو أغفل ذكره ، وأورد مسألة زواج الحلل ، وقد بحثها الفقه الإسلامى بحثاً مفصلاً كمثال على الباحث على العقد إذا كان غير مشروع ، وفى زواج الحلل فإن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان الزواج بشرط التحليل كالموافق لزوج الثانى تزوجتك لاحقك لزوجك الأول كان الزواج صحيحاً لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط إلا أنه مكروه نحرماً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لمن الله الحلل والحلل له » ، وعند محمد أنه عقد صحيح إلا أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول عقاباً له لأنه استيجل طلاقها من الثانى أما إن كان الزواج لم يرد فيه شرط التحليل وإن كان هو المقصد فلا يكون مكروهاً وتحل به لزوجها الأول على أن

---

(١) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى ص ٣٠٠ .

واحداً من الفقهاء وهو السروجي يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً أي  
يصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه في العقد فيكره<sup>(١)</sup>.

ورأى الأستاذ محمد يوسف موسى رحمة الله عليه في مذكراته في البيوع  
في فقه الكتاب والسنة أنه قد يتوفر في البيع ما ذكره من شروط، وهي  
ملكية البائع للمبيع ووجوده تحت يده وحل بيعه وألا يكون في العقد ربا،  
وكذلك الإشهاد وأن يكون الثمن حلالا التعامل به، ومع ذلك يستلزم البيع  
أن يكون له سبب شرعي، فكل عقد يجب أن يكون له سبب يدعو إليه  
والأكل عينا وهذا السبب قد يكون مشروعا فيجوز العقد أو غير مشروع  
فلا يجوز، وذكر أن بحث السبب لم يفت علماء أصول الفقه ومنهم الشاطبي في  
المواقفات والقراقي صاحب الفروق وابن القيم صاحب أعلام الموقعين فتجد فيها  
إشارة لسبب الالتزام أو العقد بصفة عامة<sup>(٢)</sup>.

وانتهى الأستاذ محمد يوسف موسى رحمة الله عليه إلى تعريف السبب  
في العقد كما سبق أن بسطه في كتاب الأموال ونظرية العقد بأنه النرض المباشر  
المقصود من العقد — كما عرض إلى رأى الفقهاء وخلافهم في الأخذ بالنية  
وإعمال أثرها في العقود وبين في ذلك الخلاف بين رأى الحنفية والشافعية من  
جهة وبين المذهب المالكي والحنبلي من جهة أخرى.

وما سبق أن ذكرناه من أن علماء أصول الفقه لم يبحثوا سبب الالتزام

---

(١) المرجع السابق — وبلاحظ هنا الاستدلال على النية بأمر موضوعي.

(٢) مذكرات في فقه الكتاب والسنة في البيوع للأستاذ محمد يوسف موسى

أو المقد بالمعنى الذى قصده القانونيون<sup>(١)</sup> وهو مدار بحثنا ، يطبق على ما تقدم من رأى القى يقول بأن علماء أصول الفقه بحثوا سبب المقد أو الالتزام ، ذلك أن سبب المقد أو الالتزام لم يمرض له الفقهاء المسلمون بالمعنى الذى يظهر فى نظرية السبب فى القانون كبعض مستقل إلا أننا نجد فى فروع الفقه فى المذاهب المختلفة كما ستوضح فيما بعد بديلا لهذه النظرية ويقوم بنفس الدور الذى تقوم به ، فالنظر فى فروع الفقه الإسلامى ، وعلى اختلاف مذاهبه فى عقود المعاوضات أو العقود اللازمة<sup>(٢)</sup> يكشف أن المعاوضة المعتبرة شرعا أو المعاوضة الشرعية تقوم بالصور الذى تقوم به نظرية السبب فى القانون ، وهذه النظرية فى جميع مراحل تطورها عبر تاريخها الطويل تنتهى بصفة علمية إلى تحقيق أمرين :

أولهما : التوازن فى مضمون المقد .

ثانيهما : الحماية الاجتماعية فى مواجهة العقود غير المشروعة .  
وكلا الأمرين على ما سنرى تحققه المعاوضة المعتبرة شرعا .

---

(١) سبق بيانه ذلك فى الرد على رأى الأستاذ صبحي المصطفى فى النظرية العامة للموجبات فى الفريعة الإسلامية فى هذا الفصل .

(٢) فيما عدا ما استثنياه من العقود اللازمة والتي ليست من عقود المبادلات المالية كالزواج .



## الفصل الثالث

### السبب في العقود

اختلاف السبب في العقد العوزم وغير العوزم :

قبل أن نتناول السبب في العقود بالمعنى الذى بحث عنه الفقهاء المحدثون والذى تعرضنا له في الفصل السابق واستعرضنا آراءهم نشير إلى أن هذا السبب فى نظرنا يختلف بحسب ما إذا كان القيد لازماً أو غير لازم — ذلك أن القيد اللازم يتميز بأن الماقد لا يستطيع التصحل منه بإرادته بينما يملك الماقدان أو أحدهما فى القيد غير اللازم أن يتصل من التزامه دون مسؤولية عليه فى ذلك<sup>(١)</sup>، وهذا المنارق يحتم علينا عند الإجابة عن السؤال لم يلتزم للدين أن نقرر أنه فى القيد غير اللازم لا يلتزم للدين التزاماً نهائياً . بل التزاماً معلقاً على إرادته ويرجع ذلك فى الأصل إلى أنه فى العقود غير اللازمة لا يراعى المقابل بين الالتزامات ولا يطلب الشارع أو الماقدان التعادل بينهما<sup>(٢)</sup>، وحيث لا يكون مقر من اعتبار مقاصد الشارع فحسب فى العقود غير اللازمة بمعنى أنه لا يشترط فيها سوى أن تكون الناية من العقد مشروعة — أما فى القيد اللازم فإن لزومه ناشئ أصلاً من اعتبار المقابل بين الالتزامات فيه فلا يباح لأى من طرفيه

---

(١) البائع ج ٥ ص ٣٠٦ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ ، ومضى الزوم كون القيد لا يمكن رفضه — التوضيح على التتبع ج ٢ ص ١٢٣ أو خلوه من الخيارات — رد المحتار ج ٤ ص ٦ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ — ويرتفع القيد اللازم بالافقة — البائع ج ٥ ص ٣٠٦ .

(٢) حاشية المرافى على شرح التحرير ج ٢ ص ٢ ، ٣ ، ٤ .

التحلل معه بإرادته حتى لا يخل بذلك بالتقابل بين الالتزامات — كما أن الشارع يتطلب في هذه العقود التوازن في مضمونها والتكافؤ بين حقوق الماقد فيها والتزاماته ، ولا جدال في أن ما يتطلبه الشارع هو ما يهدف إليه الماقدان في عقد الماوضة وقد وضع للشارع لهذا العقد شروطاً تكفل بتحقيق هذا التوازن بإبطال كل ما يخل به ويؤدي إلى انعدام التكافؤ بين الماقدين في حقوقهما والتزاماتهما . سواء كان ذلك الإخلال محققاً أو محتملاً ، وسواء كان بسبب طبيعة العقد أو بفعل الماقدين أو بسبب ظروف انعقاد العقد .

وبذلك فإن السبب في العقد اللازم هو الماوضة التي يعتبرها الشارع وهي تقوم بدور السبب في العقد وتكون الإجابة عن السؤال لم التزم المدين - هي . يتم هذه الماوضة واستيفائها لشرطي التوازن في مضمون العقد وشرعية الغاية منه . فالماوضة على الصورة التي رسمها الشارع بشرطياتها هي سبب التزام كل من الماقدين في نفس الوقت بما أنشاء العقد من التزامات ، فلا يكفي في العقد اللازم أن يصحق الرضا ويسلم المحل . بل لا بد من سلامة الماوضة التي يتعد بها الشارع حتى يصبح العقد ، ونشهد إلى تعريف العقد في القانون وفي الفقه الإسلامي .

### تعريف العقد قانوناً :

هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تنديله أو إنهائه ، ولم يرد تعريف للعقد في القانون المدني المصري أخذاً بمبدأ رآه واضعوا القانون في عدم إيراد تعريفات في نصوص القانون<sup>(١)</sup> فكل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني فهو عقد ويجب أن يكون الاتفاق في دائرة القانون.

---

(١) الوجيز للسنهوري ج ١ ص ٢٧ حاشي رقم ١ طبعة سنة ١٩٦٦ .

الخلاص وفيما يتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والإيجار والوكالة والمبة فلا تعد المعاهدات وهي اتفاقات بين دولة وأخرى عقوداً وكذلك لا يعد الزواج عقداً لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية وإن وقع عقد الزواج في نطاق القانون الخاص وذلك لأن الالتزامات التي تنشأ منه ليست من الالتزامات المقدرة مالياً ، وبحسب العقد في نشوئه إلى التراضي وإلى الحل وإلى السبب . إذ العقد يقوم على التراضي والارادة يجب أن تنصب إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب وذلك فلمقد حسب ذلك ركنان التراضي والسبب ، وأما الحل فهو ركن في الالتزام لافي العقد وأهميته لا تظهر إلا في الالتزامات الناشئة عن عقد لأن الالتزامات التي لا تنشأ عن عقد يتولى القانون تعيين محلها فلا أهمية لبعد الحل فيها لأن القانون لما كان يتولى تعيينه فإنه لا بد وأن يكون مشروعاً بخلاف ما إذا كان تعيين الحل متروكاً للمتقاعدين في الالتزامات الناشئة عن العقود فقد يكون تحديد الطرفين لحل الالتزام مخالفاً أو متفقاً مع القانون<sup>(١)</sup> ، والثالب في القانون أن يكون عدم اعتبار الشارع للحل راجعاً إلى أنه محرم حيازته أو أن يكون هذا الحل مخالفاً للأداب فعدم مشروعية الحل في القانون ترجع إلى مخالفته لأحكام القانون أو للنظام العام أو الآداب .

#### تعريف العقد شرعاً :

والعقد في الفقه الإسلامي لا يكاد يختلف عن معنى العقد في القانون . فهو لغة يطلق لفظه على ما فيه معنى الربط بين أطراف الشيء — يقال عقد

---

(١) المرجع السابق ص ٤٧ — ٤٨ .

الحبل فانقصد ، وقد يطلق فيراد به الضمان والمهد ، وعلى ما يفيد لإحكام الشيء وتوثيقه . كما يطلق على كل ما يفيد التزاماً فالعقد عند علماء الفقه يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق أو الالتزام من جانب واحد أو من جانبين<sup>(١)</sup> .

ولم يضع الفقهاء تعريفاً للعقد — على أن تناولهم للعقد يفيد نظرهم إليه فجمهور الفقهاء يرى أن العقد هو تعلق كلام أحد الماقدين بالآخر شرعاً على

---

(١) فالعقد أو الاتفاق هو ارتباط أجزاء التصرف شرعاً — أو هو الإيجاب والقبول — أو تعلق كلام أحد الماقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل — أنظر شرح التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ ط سنة ١٩٥٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، المنق ج ٣ ص ٤ والعقد إما أن يطلق على معنى تعلق كلام أحد الماقدين بكلام الآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل أو على معنى آخر هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره ويترتب عليه التزام بين طرفيه وفي هذين المعنيين يحدث العقد حتى بين اثنين أو أكثر .

وقد قال يسن الفقهاء ومنهم الجصاص المنق بفعل العقد لما يتم فيه الالتزام بإرادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالنزل من التوكيل والطلاق ويقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور أن العقد ( أي تعهده ) يرشد إلى نزعة موضوعية فهو تعلق كلام أحد الماقدين شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل فالفقهاء يركزون نظرهم إلى النتيجة الأخيرة للعقد دون اعتماد بالتأنيج الأولية من ناحية أنه ينبغي التزاماً شخصياً .

والعقد يفيد التزاماً متوقفاً على اجتماع إرادتين — والالتزام هو التصرف المتضمن لإرادة إنشاء حق أو إسقاطه دون توقف على التزام أو تصرف من جانب آخر فيستوى التصرف الذي ينتج التزاماً في جانب في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع أو أن يكون تاماً متوقفاً على مجرد قبول شخص آخر كالوكالة أو الوصية أو الذي ينتج من جانب واحد دون وقف على شيء كالطلاق .

والتصرف ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما وقد يكون قولياً أو ضلياً .

فالصرف أهم من الالتزام والعقد ، والالتزام أهم من العقد .

وابج للنسخ في الفقه الإسلامي للدكتور سلام مذكور ص ٥٠٧ — ٥٠٩ ط ١٩٦٦ .



وجه يظهر أثره في الحل أو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو نحوه . فيرتب عليه التزام بين طرفيه ويشترط في المتعين أن يحدث الارتباط بين طرفين أو بين إرادتين — غير أن التقييد الحقى الجصاص يطلق العقد على معنى أعم مما سبق : فالعقد ما يقده الماقد على أمر يقده هو أو يقده فعله على وجه إلزامه إليه — فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود الماوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد قد أزم نفسه البقاء عليه والوفاء به ومضى الميمن على المستقبل عقداً لأن الحالف أزم نفسه إما الوفاء بالقول أو التزك وكذا كل ما شرطه الإنسان على نفسه في شيء يقده في المستقبل فهو عقد .

وهذا للمنى في الواقع يتسع كثيراً عن للمنى الاصطلاحي فهو يشمل الالتزام بإرادة منفردة وهو عقد ، غير أنه يدخل في للمنى من الأمور ما لا يدخله كاليمين وكذلك الطلاق فهذا التعريف أقرب إلى للمنى القنوى منه إلى للمنى الاصطلاحي<sup>(١)</sup> . أما الالتزام فقد سبق أن ذكرنا أن الفقهاء المسلمين استعملوا كلمة الحق بمعنى يرادف الالتزام والواقع أن الحق الشخصى من ناحية السالبة ليس إلا التزاماً ، وقد أطلق بعض الفقهاء لفظ الحق في بعض أحوال التعاقد وأطلقوا لفظ الالتزام عند أحوال الإرادة للنفردة<sup>(٢)</sup> .

أما أركان العقد عند الفقهاء فإن ركن الشيء هو ما يكون جزءاً منه ، ولا يوجد الشيء إلا به وعلى ذلك فركن العقد هو صيغته للشعلة على الإيجاب

(١) ويرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة أن العقد للمنى الواسع يكون مرادفاً لتصرف العرض وهو ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثاراً في المستقبل . (للكية ونظريه العقد مقرة ١٠١ و ١٠٢) .

(٢) النظرية العامة للالتزامات في الفريصة الإسلامية ١٩٧ — الدكتور شفيق شحاته .

والقبول فهما يكونان صينة العقد ، وغيرها خارج عنها فلا يكون ركناً في العقد . « فالمراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي مثلاً إذا قيل زوجت وتزوجت وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك للتمتع وكذلك إذا قيل بست واشتريت وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي <sup>(١)</sup> . »  
فالعقد بذلك هو ربط اعتباري بين إرادتين ، على أن كثيراً من الفقهاء يتعدون في أركان العقد عن العاقد والمقود عليه أو محل العقد وعلى صينة العقد فكلها عندهم أركان للعقد — فالعقد يتمدد بالإيجاب والقبول وهما ركنه وشرطه أهلية العاقدين ومحلّه للمال وحكمه ثبوت الملك <sup>(٢)</sup> . إلا أن بعض الفقهاء عد ما تقدم من أركان العقد فاعتبر المحل ركناً واعتبر العاقدين ركناً ثالثاً <sup>(٣)</sup> كما عدا القرافي صاحب الفروق من أركان العقد الموضين 'العاقدين' <sup>(٤)</sup> .  
إلا أن نظرة الحنفية في أن ركن العقد ليس إلا صينته هي البظرة التي تتفق مع اعتبار الشيء ركناً وهو أن يكون جزءاً لا يقوم الشيء إلا به وهنا لا نجد إلا الصينة ركناً للعقد ففيها الربط الاعتباري الذي هو معنى العقد وهذا الربط يظهر أثره في المحل ولذلك لا يكون محل العقد ركناً لأنه يظهر فيه أثر الصينة وهو خارج عنها وليس جزءاً منها ، وكذلك السبب لا يعد ركناً في العقد وإن كان مفهوم السبب في الفقه الإسلامي كما نوضح فيما بعد يعتبر جزءاً من العقد .

(١) القدر شرح النور ج ١ ص ٣٢٩ .

(٢) الماشية على القدر شرح الفروق كتاب البيوع ص ٣٠٨ ط المطبعة الشامية .

(٣) ابن رشد القرطبي ج ٢ ص ١٧٠ ط سنة ١٩٥٢ وفي المطبعة الأولى ص ١٣٩ .

١٤٠ من بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

(٤) الفروق ج ٢ الفرق رقم ٧٠ .

والتعريف القانوني للعقد باعتباره اتفاقاً بين إرادتين يراد به إحداث أثر قانوني يميل إلى إظهار واقعة الاتفاق بين الإرادتين وتلاقيهما وهي واقعة مادية — بينما يبرز التعريف الفقهي معنى الربط الاعتباري في تعريف العقد — والربط الاعتباري عند الفقهاء أهم في تعريف العقد من إبراز واقعة الاتفاق بين الإرادتين .

### المفاوضة ومعناها : في العقود الموضوعة :

والمفاوضة هي عملية مبادلة<sup>(١)</sup> تحتاج إلى أكثر من طرف واحد — وهي العنصر الأساسي في العقود اللازمة في الفقه الإسلامي ( للزمة للجانبين في القانون ) — ولا بد من المفاوضة لقيام عقد ملزم للجانبين ولإنشاء التزامات في جانب كل طرف من أطراف العقد ، ويجب أن تكون المفاوضة مقصودة من طرفي العقد فلو تصدق شخص على آخر وتصدق الآخر عليه فلا يمد ذلك عقد مفاوضة . لأن الموضعين لم يطلب أيهما أحد العاقدين أو كلاهما<sup>(٢)</sup> فالفاوضة عملية لا تقتصر على مجرد التبادل المادي بل العبرة فيها بقصد كل متعاقدين أن يتلقى الموضع المقابل ولذلك فإن الهبة بشرط الموضع ليست هبة خالصة وإنما هي هبة اجلاء ويصح انتهاء .

(١) والمفاوضة اصطلاحاً يبيع العروض والروهن — زاد الماد لان القيم ط الحنية ط ص ٩٢

(٢) التحرير المختار لرد المحتار لجد الفقير الراضي الحنف ط ١٢٢٧ ج ٨ ص ١١١

شرح السندي مع رد المحتار « وكتب السندي على قوله « يخرج التبع من الجانبين » . ما أورده في المتن .

والمواضة عملية مادية<sup>(١)</sup> إذ أن مضمون المواضة له الأهمية الكبرى. في الفقه الإسلامى ذلك أنه قد نظم هذه العملية تنظيمًا دقيقًا وانجبت أحكام، الفقه الإسلامى فى العقود اللازمة إلى تنظيم المواضة وجعلها تتجه إلى تحقيق التوازن فى مضمون العقد، والالتزام لا ينشأ صحيحًا ومستوفيا لشروط صحته كلها إلا إذا كانت للمواضة خالية عما يبيها، فالرضا وحده لا يكفي لإنشاء التزام فى الفقه الإسلامى فى خصوص العقود اللازمة واختلاف فى النظر فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون يأتى من هذه الناحية، ذلك أن عناصر العقد فى القانون يظهر فيها الرضا ظهورًا بينا ولا تظهر فيها الموازنة فى مضمون العقد إلا فى الصورة التى يتخلف فيها الالتزام المقابل تخلفًا كاملاً أو جزئيًا أو فى حالات من الخلط يكون فيها تخلف جانب جوهرى من الالتزام المقابل ظاهراً، أما الموازنة فى الالتزامات فلا تظهر كأساس فى القانون بينما هى أساس فى الفقه الإسلامى كما سنوضح فيما بعد. وإذا كان فقهاء القانون عند بحث السبب يصحون فى البحث إلى حالات تدور عليها نظرية السبب — كما فى حالات تخلف السبب تخلفاً كلياً أو جزئياً، فإن الفقه الإسلامى فى المواضة يتجه فى أحكامه إلى الموازنة أصلاً بين الالتزامات الناشئة من المواضة فهو لا ينظر إلى حالات تخلف السبب (بمعنى الالتزام المقابل) كلياً أو جزئياً على أنها حالات تستحق البحث مستقلة عن المبدأ كله وهو ضمان المواضة التى يعتبرها الشارع.

ومن هنا فإن نظرية السبب فى الفقه الإسلامى كما نوضحها، تنسج.

---

(١) وذلك لايحوز بيع اللبنة والدم مثلاً لانعدام المالية التى هى ركن البيع — البحر الرائق ج ٦ ص ٧٦ والبيع لغة تملك شئ بهى — سواء كان مالا أم لا — وشراً مباحة مال بمال — بدر المتقى فى شرح المنقى المجلد الثانى ص ٢٠٣ الطبعة الطاهرة .

آفاقها عن نظرية السبب في القانون ، إذ المعاوضة المتبرة شرعا ، هي عنصر لازم في العقود اللازمة يقوم بدور السبب في العقد ، وإن كان الهدف من المعاوضة المتبرة شرعا ، ومن السبب كعنصر في العقد — متماثل — ذلك أن — هذا الهدف — بغض النظر عن كونه عنصراً فنياً في العقد الملزم للجانبين يتجه إلى تحقيق التوازن في مضمون العقد ، وتحقيق مصلحه الجماعة .

وإذا كان هناك من دليل على الاتجاه المادي في الالتزام ، فهو في تنظيم الفقه الإسلامي للمعاوضة هي العنصر الأساسي في العقد الملزم للجانبين ، فقد تناول الفقه الإسلامي المعاوضة بالبحث عن أمثل الطرق لجلها مؤدية إلى التبادل في الالتزامات ، وليست نظرية الربا إلا تطبيقاً للمعاوضة المتبرة شرعا ، فالربا فضل مال بغير عوض في مبادأة مال بمال ، فتختلف الموضع أساس التحريم في الربا ، ولو لم يكن الربا محرماً بذاته وبأحكامه في الفقه الاسلامي لكان محرماً لذات المعنى الذي يبنى عليه ، والذي هو من أكل أموال الناس بالباطل إذ لا شبهة في أن تختلف أحد الموضعين في المعاوضة يهدمها ولا يجعلها قائمة في نظر الشرع .

وكذلك الأمر في عقود التبر وهي عقود فاسدة في الفقه الاسلامي إذ هي بطبيعتها تحمل أن يتخلف فيها أحد الموضعين مما يهدم المعاوضة وكل ما يتخلف فيه أحد الموضعين على سبيل القطع أو على سبيل الاحتمال لا يعتد به الشارع الاسلامي في المعاوضة إذ لا يتحقق التبادل في مضمونها مع وجود ذلك الاحتمال عند المعاوضة .

ويبدو الاهتمام ظاهراً في الناحية المادية للالتزام في الفقه الإسلامي في أسرين آخرين ستعرض لها تفصيلاً فيما بعد ، فضلاً عن النظر إلى الربا

وإلى عقود الضرر باعتبارها لا تسلم معها للماوضة من الخلل الذى يهدمها ، فقد نظر الفقه الإسلامى إلى طائفة من العقود رأى أن الماوضة فيها لا تسلم من الخلل إما بسبب ظروف خارجة عن العقد كالبيعوع للنهى عنها ( تلقى الجلب — الاحتمار — بيع للضرر وشراؤه ) ، وأمثال هذه العقود ، وإما بسبب ظروف داخلية فى العقد كالشروط التى يضعها الماقدان فيه فتصل من الماوضة لصالح أحدهما على حساب الآخر ، وقاعدة الشروط فى الفقه الإسلامى ، إذا استثنينا المذهب الحنبلى ، تنبج كلفة نحو توجيه عملية الماوضة إلى التعامل والتوازن فى مضمون العقد بحيث لا تكون مجرد عملية مبادلة مادية .

وفى كل ما تقدم يبدو اهتمام الفقه الإسلامى بالجانب السادى فى الالتزام — وليس فقط — كما يذكر غالبية الفقهاء فى كيفية إنشائه وتحويله ، فإذا صح أن إنشاء الالتزام يكون ممكنا دون أن يتحدد شخص الماثن ، وإذا صح أن ينتقل الدين بالحواالة ، فإن الالتزام نفسه حتى ينشأ صحيحا — من العقد اللازم — وحتى يمكن انتقاله بمدحه لا بد أن يستوفى بالنسبة للالتزام الذى يقابله شروطا معينة ، وإلا ساقم الالتزام أصلا فى جانب الماثن ، فالتوازن فى العقود اللازمة يجب أن يكون قائما ، والمماوضة التى يتورها الخلل لا ينشأ عنها التزام والخلل الذى يتور للمماوضة يكون يتخلف أحد الموضين تخلفا كاملا كحالة الربا ، وإما أن يكون تخلفا جزئيا كما نرى فى نظرية الشروط . وقد يكون التخلف فى أحد الموضين واقعا أو محتملا كما فى الضرر . فإذا كان الالتزام رابطة فى القانون وفى الفقه الإسلامى ، وكان اختلاف النظر فى صبة هذه العلاقة شخصية أو مادية ، فإن الجانب السادى يصبج هذه العلاقة فى الفقه الإسلامى ، فالنظر إلى الالتزام أو بالأحرى لموضعه أو مضمونه — أمر بارز فى الفقه الإسلامى — ولستا نقصد بالموضوع أو المضمون محل الالتزام ، فإن محل الالتزام تخضمه عملية المبادلة

ولكن الماوضة تتطلب لصحتها أكثر من المبادلة فهي تتطلب المبادلة التي يعتد بها الشارع وتكون مطلوبة من الماقد الذي يلتزم تجاه من يلتزم له ، والمبادلة تختلف عن الماوضة فقد تم المبادلة ولا تكون هناك ماوضة كما لو تصدق شخص على آخر وتصدق الآخر عليه فإننا لا نكون إزاء ماوضة ، وإن قامت المبادلة بينهما ، فالماوضة يجب أن تصبه إليها نية الطرفين ، كذلك قد تقوم المبادلة في عقد ولا يعتد به الشارع كمقد معاوضة ، ومثال ذلك العقد الذي يتضمن شرطاً زائداً لصالح أحد المتعاقدين ، ولم يرد به نص ولم يجز به عرف فيها يقع الإخلال بالماوضة مع قيام المبادلة ، فالماوضة هي الصورة الشرعية للمبادلة ، وقد سبق أن ذكرنا أنه في النظام الانجليزي يكفي أي تضحية أو مقابل أو مشقة لقيام الالتزام مستوفياً (الاعتبار) الذي يشترطه القانون ، وهنا تم المبادلة ، ولا يشترط لها أي شرط إذ الشارع لا يفرض قبولاً على عملية المبادلة بحيث يحى أحد المتعاقدين من الآخر إذ أن المتعاقدين في التشريع الانجليزي سكسوني يفترض القانون أنهما أقدر على حماية مصلحتهما والبحث عنها في مجال الالتزام فما يقبله الماقد بدلا من الالتزام الذي يرتبط به في مواجهة الماقد الآخر يكون اعتباراً في القانون ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كانت عملية المبادلة هذه تتضمن حقيقة الماوضة أم لا تتضمنها .

### الماوضة والمبادلة في الفقه الإسلامي :

والماوضة التي يعتبرها الشارع توجد دائماً داخل العقد فقي كان هناك عقد لازم من عقود المعاملات المالية فهو يتضمن الماوضة<sup>(١)</sup> وحين تستوفى الماوضة

(١) وقد فرق البعض بين عقد البيع مثلاً والرهن بأن الأول منبأ للمساواة ( إذ أنت الماوضة تنطوي ذلك ) بخلاف الرهن بدائم الصلتاح جـ هـ ص ٢٣٧ — الطبعة الأولى .

للشروط التي يطلبها الشارع فيها فإنها تصبح سبباً للالتزام ، وقد يفترض هنا بأن المفاوضة يجب أن تكون مشروعة من حيث الحل الذي ترد عليه والناية التي تستهدفها ، فاما الحل فإنه إذا كان محرماً من الشارع الانتفاع به اختلت المفاوضة بسبب فوات أحد الموضين لعدم ماليته إذ المفاوضة عملية مزدوجة بطبيعتها ، فإذا تخلف أحد جانبيها لم يكن هناك محل لقيام المفاوضة التي تعتبر من الشارع ، وأما الناية من المفاوضة فهي إذا تضمنتها المفاوضة بحيث تصبح مطلوبة من أحد الماقدين في مواجهة الآخر كانت داخل العقد وأخلت بشرعية الناية منه وإلا فإنها إذا اقتصر على البقاء في مجال نية الطرفين أو أحدهما فحسب فهي لا شأن لها بالمفاوضة التي داخل العقد .

والمفاوضة في ذاتها من شأنها أن تفيد كلا من طرفي العقد فلا تعد مفاوضة عملية المبادأة الجردة والتي لا فائدة فيها لأحد الطرفين فإذا تعاقد زوج مع زوجته على أن يعطيها أجراً نظير خدمتها له في بيت الزوجية لم يكن ذلك مفاوضة لأن فيها خلاصاً لأحد الطرفين يفهم دون مفرغ وفي المفاوضة يكون التزم بالتزم ذلك أن خدمة الزوجة لزوجها في شؤون الزوجية أمر يوجب عليها الشارع دون حاجة إلى التعاقد<sup>(١)</sup> ، وكذلك إذا كانت المفاوضة في الصلح لا تفيد أحد الطرفين بأن اصلحها على جاء ما هو كائن نظير بدل فيدفع شخص بدلاً نظير بقاء ما يستحق له شرعاً<sup>(٢)</sup> ولا يكون بذلك قد نال غناً نظير ما تحمله من غرم إذ المفاوضة كما ذكرنا عملية مزدوجة وانخلل فيها لصلح أحد طرفيها

---

(١) البدائع ج ١ ص ١٩١ — ١٩٢ — والفرض أن ذلك يلزم الزوجة شرطاً وكذلك

في حالة إرضاع الزوجة للطفل لأنه مستحق عليها ديانة — الهداية ج ٢ ص ٣٨

(١) الفوائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ١٤٨ .



على حساب الآخر لا تسمح به الشريعة الإسلامية ، ذلك أن المعاوضة هي عملية مبادلة شرعا وتسليم للبديلين واجب على الماقدنين لأن العقد أوجب المالك في البديلين وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لأنها أخذ وبذل وإعطاء بدل <sup>(١)</sup> ويقول صاحب البدائع أن البيع يوجب تسليم المبيع والتمن بلا فصل لأنه عقد معاوضة تمليك بمقابل وتسليم بتسليم <sup>(٢)</sup> ، غير أنه لا يشترط أن تؤدي المعاوضة إذا تمت بصورتها الشرعية إلى فائدة مادية فضلا لأحد الطرفين فيجوز أن تخفى من تلك الفائدة فإذا أجر شخص دابة مثلا لعل ثم تسلمها ولم يحم بذلك العمل لزمه الأجر ، وكذلك من استأجر دابة أو أى وسيلة نقل لمدة ثم لم ينقل شيئاً عليها فهو ملزم بالأجر الذى اتفق عليه <sup>(٣)</sup> وذلك لأن الطرف الآخر أدى ما عليه من التزام بتسليم الدابة أو ما اتفقا على استئجاره وهنا تمت المعاوضة الشرعية ولا عبرة بعد ذلك بأن أحد الطرفين قد أفادته المعاوضة والآخر لم تفده شيئاً من الناحية الواقعية ، وقد لا يتناول الموضان عند المعاوضة ، ففي السلم ويشترط فيه قبض رأس المال كله معاوضة أوجبت عبارة فحة بنهر عين ولا منفعة وهنا لا يتناول الموضان <sup>(٤)</sup> ، فأحدهما مال والآخر عبارة عن انشغال فحة الطرف الآخر فقط ، ولذلك لا يصح السلم إلا فيما يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره <sup>(٥)</sup> وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأئمة قال ابن عباس « اشهد أن الله أحل السلم للوجل » وتلا قوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم

(١) البائع ج ٥ ص ٢٤٣ — ولا يجوز أن يجتمع الموضان لشخص واحد فإنه يؤدي لأكل أموال الناس بالباطل — ويراجع تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢ — المجلد الأولى .

(٢) البائع ج ٥ ص ١٦٦ .

(٣) اللبنة ج ٣ ص ٤٧٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٥١٤ .

(٥) مجمع الأنهر — المجلد الثاني ص ٩٨ — ويلاحظ أن السلم في ذاته استثناء بالنسبة

بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه ) ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لأن السلم فيه مدموم والترخيص فيه إباحة له مع قيام الدليل المحرم للمر تيسيراً على العباد<sup>(١)</sup> إذ لا تصح المعاوضة إذا كان أحد الموضين مدموماً فما لا تكون المعاوضة سليمة شرعاً ، ولذلك جاء الترخيص في السلم وهو معاوضة أحد الموضين فيها يصح فيه وصف المدموم وقد نهى عن بيع المدموم والمدر في إباحته هو العجز عن تسليم السلم فيه عند المعاوضة<sup>(٢)</sup> .

والأصل أنه عند عملية المعاوضة ينبغي أن يملك كل من المتماوضين البديل الذي يستحقه وفي عقد الإيجار فإن المنفعة لا يملك المستأجر ما يستحق له منها له بمقتضى العقد ، ولذلك فإن المنفعة المدمومة تجبل موجودة حكماً<sup>(٣)</sup> . فقد الإيجار لا يخلو أن يكون عقد معاوضة يقتضي المساواة بين المؤجر والمستأجر بتقابل البدلين في الملك والتسليم — كذلك فإن الأجير الخالص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة المتفق عليها لأن مفادها صارت للمؤجر والأجرة تقابل المنفعة في العقد<sup>(٤)</sup> .

وفكرة المبادلة في العقود الملزمة للجانبين واضحة تماماً في جميع الشرائع ذلك أنها فكرة منطقية فلا معنى لارتباط طرفي العقد به مادام لا يستحق كل منهما قبل الآخر التزاماً ما ، ولكن تختلف الشرائع فيما بينها في الحدود التي ترسمها لتلك المبادلة ، وكما ذكرنا فإنه في القانون الانجليزي مثلاً لا يبيأ المشرع

(١) فتح المين ج ٢ ص ٦١٦ . (٢) المرجع السابق .

(٣) وهذا عند الشافعي رحمه الله — فتح المين ج ١ ص ٢٣٣ .

(٤) بحم الضمانات ص ٢٨ .

بمقتضى التوازن في مضمون العقد اعتباراً بأن طرفي العلاقة القانونية يستطيع كل منهما أن يبرر الطريق إلى مصلحته<sup>(١)</sup>. كما أن بعض القوانين قد تحصى المتعاقدين في أحوال استثنائية تجعل التعادل في الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين غير ميسور بسبب ظروف أحد المتعاقدين عند العقد كما في عقود الإذعان مثلاً (م ١٤٩ مدنى مصرى)، أو بسبب الظروف التى تطرأ على العقد بعد انعقاده كما هو الشأن في نظرية الظروف الطارئة. (م ٢/١٤٧ مدنى مصرى). غير أن الشريعة الإسلامية تختلف عن مسلك الشرائع الأخرى في أنها تجعل هذا التوازن والتعادل في مضمون العقد قاعدة عامة في العقود اللازمة جميعاً<sup>(٢)</sup> (ذات القيمة المالية) - وتضع من الأحكام ما يحقق هذه القاعدة.

---

(١) فالاعتبار في القانون الأنجليزى يكفى أن يكون حقيقياً والقانون العام يامل الرجل الساذج باعتباره تاجرًا (فيليب جيسس ص ٢٥٣ ط ١٩٦٦).

(٢) وعملية المعاوضة أو المبادأة التى نبهنا في الفقه الإسلامى كسب للالتزام تختلف عن الأساس المصرى له، ولقى بآنى من خارج الالتزام نفسه - فهو وجوب الوفاء بالعقد تحقيقاً لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» والمعاوضة بمعنى المبادأة معروفة في جميع العرائن لأنها ظاهرة طبيعية والعقد ليس إلا وسيلة تحقق تبادل الأموال والخدمات - ولكن المبادأة لم تكن متاثلة في جميع الصور فهى تختلف في المجتمعات الصناعية عنها في المجتمعات الزراعية وهى تختلف في الحاضر عما كانت عليه في الماضى.

والتوازن في المعاوضة أو المبادأة لم تنشأ ففكره إلا في الزمن الحديث ففى القانون الرومانى كانت المبادأة تم بواسطة سبع ممة من قبل إذ كانت الشكلية هى الغالبة في مجال العقود ولم يكن مبدأ الرضاية ولم يكن التصرف الحالى من الشكل يترتب عليه دعوى ولم يكن العقد نفسه كبراً هاماً أو نظرية عامة معروفة في القانون الرومانى لأن ذلك يحتاج إلى التجريد - وإنما كان معروفاً كنظام قانونى مقرر غلب.

وقد كان لتطور المبادأة في المجتمعات المتقدمة أثره في ظهور أنواع جديدة من الصياغة لمصلحة المبادأة فوجود الأقوياء والضعفاء وإسدام المساواة بينهما مهد لظهور عقد الإذعان كما مهد لظهور السليات التضامنية - والرجية الاجتماعية مهدت لظهور السليات التضامنية كما مهدت لظهور السليات الموجبة أو المصدرة بحرفة التفاضل أو المصلحة بواسطة الدولة كما في النظام السوفيتى.

وتتكفل بهذه القاعدة العامة أحكام الربا والفقر والمقود النهى عنها وما يجوز للماقدنين اشتراطه في العقد الملزم لها ، وليس معنى الماوضة المتبرة شرعا هو معنى المادة التي يقول بها البعض كسبب للالتزام في الفقه الإسلامى ، ذلك أن المادة لو كانت هي السبب لكان تخلف المادة مبطلا للالتزام وهذا ما لا نقول به لأن الشارع رسم للمادة في العقد الملزم للجانبين صورة الماوضة المتبرة من الشارع ، وهذه الصورة تؤدى — كما يفترض الشارع — إلى تحقيق التعادل بين الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد ، فالمادة هي النتيجة المفترضة للماوضة التي يفترض بها الشارع .

والمماوضة تعتبر عملية واحدة — قد يدخل فيها الحل المتعدد أو الموضوع

---

ويقول الدكتور نيمان خليل في رسالته المقدمة لجامعة باريس « نظرية مصادر الالتزام » سنة ١٩٦٦ أن عقد الإذن يخرج من نطاق العقد لأن الأمر الحاسم فيه ليس اتفاق الإرادات . ولكن الإرادة المفردة التي لعبت دورها في إتمام العقد بشروطه وأثاره . كما أن السليات المتبادلة وأي البعض أنها تخرج عن نطاق العقد وقد تندرج تحت الوكالة أو الاختراط لمصلحة الغير أو الفضالة أو الفسخ الممنوع وبالنسبة لصفحتها القانونية اعتبرها البعض مسألة قانون خاص أو كسر خاص .

أما السلية المدلة بواسطة القاضي فاتها لا تخرج عن نطاق العقد لأن العقد يبقى — حتى بعد تعديله بواسطة القاضي — أساسا لتعديل فهو لم يخضع بنفسه التعديل — فلكي تعدل شيئا » يجب أن يكون القى المعدل موجوداً وهو العقد .

يراجع رسالة الدكتور نيمان خليل سائلة الذكر الفترات ٥٧ ، ٥٦ ، ٥٥ ، ٤٨ ( نسخة على الآلة الكاتبة بالفرنسية ) .

ونرى مما تقدم أن الحل في المماوضة أو المبادلة يكاد يصنف بطبيعة السلية القانونية فيجبرهما من صفه العقد فقد رأينا الخلاف في اعتبار عقد الإذن عقداً أو العقد الذي تبرمه النفاة نياة عن أعضاءها أو العقد الذي يخضع لتعديل القاضي ، فكل هذه العقود تكون فيها المبادلة هي محل النظر والأمر ليس مجرد اقتراض تساوى الإيرادات عند العقد بل هو تساويها فلا لأن تساوى الإيرادات القلى هو الذى يجعل المماوضة أو المبادلة مادلة - وقد سوى الفقه الإسلامى بين الإيرادات عند الجمادى ولسكنه من ناحية أخرى وضع إطاراً تم فيه عملية المبادلة في العقد الملزم للجانبين .

المتعدد إذا كان العقد يتضمن التزامات متعددة على عاتق كل طرف من أطراف التصرف القانوني.

فالمعاوضة يدخل فيها محل العقد المادى أو المئوى — والمتعدد والمفرد بحسب ما ينشئ التصرف القانوني اللازم من التزامات — وتتقابل هذه العناصر فحسب كون المعاوضة التي تستهدف التوازن أو التعادل في مضمون العقد بالنسبة لطرفيه المتقابلين . فالمعاوضة ، كما سبق أن ذكرنا ؛ عملية مادية وذات طبيعة مزدوجة ، ويرجع ذلك أساساً إلى أن الفقه الإسلامى — على خلاف القانون — ينظر إلى العقد ثم إلى الالتزام الناشئ عنه<sup>(١)</sup>.

والمعاوضة كمفصر من عناصر العقد اللازم لا بد منها لقيام العقد . فالعقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار والمقايضة والسلم والمزارعة والمساواة كلها يجب أن تقوم فيها المعاوضة ، ذلك أنه ما دام هناك التزامات تترتب على عاتق كل من الماقدنين فلا بد من الموازنة بينها ، وعملية المعاوضة هى أداة هذا التوازن ووسيلته .

فبيع المروض بالمروض يسمى في اصطلاح الفقهاء معاوضة<sup>(٢)</sup> . والبيع لغة : تملك شيء بشيء ، سواء كان مالاً أم لا ، وشرعاً : هو مبادلة مال بمال . وبعض الفقهاء رأى ألا يقيد المبادلة بكونها بالتراضى حتى يشمل بيع المكره<sup>(٣)</sup>

(١) فنيهاً يسمي الفقه اللائقي مثلاً طريقة تحليلية جعلته ينظر إلى الالتزام كوحدة عند البحث في السبب الذى يقوم عليه — فبعد الفقه الإسلامى ينظر إلى العقد أولاً ثم الالتزام — راجع وحيد سوارى في رسالته السير عن الإرادة إذ ينحصر إلى ذلك أيضاً .

(٢) زاد الحادى في حديثه الجاد لابن القيم الجوزى ص ١٩٢ ج ١ (المطبوعة التجارية) .

(٣) جمع الأشهر شرح ملقى الأبحر — المجلد الثانى ص ٣٢٢ — طوابع المطبعة المامرة ،

خضع للتدبير ج ٦ ص ٥٧٣ تبين الحقائق ج ٤ ص ٢ — وتصور البيع على أنه مبادلة مال بمال يختلف عن تصور القانون الرومانى له ذلك أنه لا يشترط أن يكون مقابل المبيع مئولاً من التردد في الفقه الإسلامى — عبد الحمم البراوى — عقد البيع ص ٣٩ ط ١٩٥٨ .

فالمبادأة ، كما سبق أن ذكرنا ، وإن كانت تحقق مع المفاوضة في أنها عملية مادية داخل العقد إلا أنها تختلف عنها في أن المفاوضة لها شروط تجعلها الصورة الشرعية التي يعتبرها الشارع في العقد اللازم .

فالبائع مبادأة شيء مرغوب بشيء مرغوب وذلك يكون بالقول أو بالقول<sup>(١)</sup> والمساواة في المفاوضات مطلوب المتعاضدين عادة<sup>(٢)</sup> ، فالمبادأة تتضمن استحقاقاً لكل من طرفي العقد على الآخر « فلا يجوز الإجارة على النوح والملاهي ، لأن المصيبة لا يتصور استحقاقها بالعقد ، والمبادأة لا تكون إلا باستحقاق كل منهما على الآخر » .

وهذه المبادأة يجعلها بعض الفقهاء أصلاً تخرج تحته كل معاملة ؛ يقول الإمام الشافعي : أصل البيع يمان لا ثالث لها ، بيع صفة مضمونة على بائنها مادامت على الصفة ، وبيع عين مضمونة على بائنها<sup>(٣)</sup> . والبيع إما أن يكون بيع دين بدين وهو السلم ، أو بيع عين بعين وهي المقايضة ، أو بيع عين بدين وهو البيع المطلق<sup>(٤)</sup> .

وتؤكد فكرة المفاوضة أن تظهر ويكون لها اعتبار حتى في حالة ما إذا كان أحد المتعاضدين غير مشروع بلا خلاف في ذلك — لأن حقيقة العقد اللازم عند الفقهاء هي المبادأة فهو مبادأة المال بالمال ، ولذلك فإن بيع الخنزير

---

(١) البهاج ج ٥ ص ١٣٣ — الطبعة الأولى — فتح القدير ج ٥ ص ٧٣ ، تبين المغاير ج ٤ ص ٢٠ .

(٢) البهاج ج ١٥ ص ٢٣٧ .

(٣) الأم للشافعي ج ٣ ص ٣ .

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ١٨٤ — ١٨٥ الطبعة الأولى .

والمر فاسد كما صرح في الهداية لوجود حقيقة البيع وهي مباداة المال بالمال<sup>(١)</sup> ، فباداة المال بالمال هي محل النظر عند البحث في سبب الالتزام أحد المتأقدين وما لم تتحقق هذه للبادة لا يكون العقد صحيحاً ولا يكون هناك إيجاب على أحد طرفي العقد بالوفاء بما التزم به ، إلا أن البادة ليست هي مطلق البادة بل للبادة التي تمت معاوضة يعتبرها الشارع ، وإذا كان في المعاوضة جانب لا يرد عليه البيع مثلاً كبيع الحر لم يكن في ذلك مباداة مال بمال<sup>(٢)</sup> ، كما تصد الشركة لانقضاءها على اللب<sup>(٣)</sup> ، وذلك لنفس السبب إذ لا يكون للبائع عوضاً عن مال أو محل مادام طرفا العقد يتساويان بالنسبة إليه ، والبيع كإقراض ابن عبد السلام في تعرضه هو دفع عوض في عوض<sup>(٤)</sup> ، وهذا التعريف يدخل فيه الصحيح والفسد والقصد من البيع هو أخذ ما في يد غيرك بموض ترضاه<sup>(٥)</sup> ، ويقول الكسائي الحنفى في البدائع : إذا استوفى (المستأجر) للمقود عليه فلائنه تلك الموض بشئك للزجر الموض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة<sup>(٦)</sup> ويقول أن للمعاوضات منها على المساواة وجاء في المتأية : للمعاوضة تقتضي المساواة<sup>(٧)</sup> ، وإذا كانت المعاوضة أساساً للالتزام فيجب أن تتم عند العقد للالزام خالية من

(١) بداية الجتهاد ج ٢ ص ١٠٢ - وقد اخرج الدكتور سلام مذكوران الزواج والمثل يدخل في عقود المعاوضة ص ٥٩٥ - ٥٩٦ في المدخل - ثم أورد أن المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم اعتمد جعل الزواج من عقود المعاوضات إذ أنه ليس بمباداة مال بمال - وهو ما التزمناه إذ أغربنا من العقود اللازمة التي تناولنا السبب فيها - ما ليس فيه مباداة المال بالمال - كالزواج - ويظهر مما أوردته أستاذنا في المدخل ص ٥٩٦ أنه يؤيد قصد المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم .

(٢) الهداية - شرح بداية المبتدى ج ٣ ص ٣٢ ط ١٩٣٧ .

(٣) للرجع السابق ص ٩٠ .

(٤) مولد الجليل للطلاب ج ٤ ص ٢٢٢ - مطبعة السادة .

(٥) للرجع السابق ص ٣٢٨ . (٦) البدائع ج ٤ ص ٢٠٣ .

(٧) المتأية ج ٧ ص ١٤٤ .

( ١٧ - سبب الالتزام )

الميوب التي تحمل بها<sup>(١)</sup> وعندئذ تكون أساساً لالزام كل متعاقد قبل الآخر وبمبدأ له ، ويجب أن تستمر المعاوضة حتى تنفيذ المقداد إذا غصبت العين المؤجزة مثلاً سقط الأجر لأن تسليم الدين إنما أقيم مقام تسليم المنفعة وذكر في الهداية أن العقد يفسخ<sup>(٢)</sup> وقال الشافعي تلك المنفعة لأنه عقد معاوضة ، ولأن الإيجار عقد معاوضة أساسه المبادلة كما سبق أن ذكرنا ، فإن الملك في البديلين ثبت بنفس المقد ، وذلك بناء على أصل الشافعي في أن المنفعة المدومة جعلت موجودة حكماً ، ولنا أن هذا عقد معاوضة يقتضى السواة بينهما بتقابل البديلين في الملك والتسليم<sup>(٣)</sup> .

ولا يجوز لطرف في العقد الملزم للجانبين أن يتعاطى ماله بمقتضى العقد إذا اخلت المعاوضة بعد انقضاء العقد فمن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ثم تأخذ مال أخيك بغير حق » ، وفي رواية له أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح<sup>(٤)</sup> ، وسوف نتناول حكم اختلال المعاوضة التي يعتبرها الشارع عند العقد وأثناء العقد تفصيلاً فيما بعد .

وإذا كانت المعاوضة لم يبعثها الفقهاء بحثاً مستقلاً عن العقود التي تضمنها وهي العقود التي تلزم الجانبين ، فإن بحثها ظاهر في تلك العقود باعتبارها عنصراً

(١) وفي زاد المعاد قال عياض في تنبيهاته الفساد في البيع يرجع إلى الربا والقرء وأكل أموال الناس بالباطل ج ١ ص ٢٧٤ الحاشية .

(٢) فتح العين على شرح الكتر ج ٣ ص ٢٢٣ مطبعة جمعية المعارف .

(٣) المرجع السابق ص ٨٢ .

(٤) بلغ المرام من أدلة الأحكام للسفلاط ط سنة ١٩٥٤ تحقيق وتعليق رضوان محمد رضوان .



مستقلا عن الرضا وعن محل العقد كما سبق أن ذكرنا ، وقد رأينا أن المفاوضة في ذاتها وبالشروط التي وضعها لها الشارع هي أساس التزام الماعقد وسببه قبل الماعقد الآخر ، ولذلك فإن العقود التي تتضمن المفاوضة تسمى عقود المفاوضات أو عقود المبادلات وهي ما حدثت فيه المفاوضة والمبادلة بين الماعدين على ما ملكه كل منهما للآخر سواء كانت مبادلة مال بمال وهي تشمل البيع والصرف والسلم والصلح ، وكذلك ما يكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمسافة ، ولكن لا يكون منها ما فيه مبادلة المال بنقد المال كالزواج والخلع ، فكل ما فيه معنى المفاوضة والمبادلة في المال بين طرفيه فهو عقد مفاوضة<sup>(١)</sup> ، فالمعقد إذا سمى عقد مفاوضة فذلك للاعتبار الذي يوليه الفقه الإسلامي لحماية المفاوضة نفسها فيندرج تحت هذا الاسم كل عقد فيه معنى المفاوضة والمبادلة لأن عملية المفاوضة نفسها هي أساس الالتزام وسببه فالمفاوضة لا تكون إلا في العقود للزمت للجانبين وهي سبب للالتزام كل من طرفي العقد قبل الطرف الآخر وهي تقوم إذا تحققت شروط الشارع فيها بما يقوم به سبب الالتزام في القانون ، والمفاوضة بذاتها لا تقتضي مساواة أو معادلة بين المتعاقدين ، فطلق المفاوضة لا يستوجب التوازن في مضمون العقد بين طرفيه ،

(١) سلام مذكور - الفقه الإسلامي ص ٥٠٢ - ٥٠٣ . وينبغي الأستاذ عبد الرزاق السنجري إلى أن من المفاوضة في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون فلا يشترط أن يكون المقابل الذي يأخذه المتعاقده صفقة مالية كالخلع مثلا . ولا يشترط أن يأخذ المتعاقده الآخر المقابل من تعاقده معه كالكتابة فهي مفاوضة بالنقد للمال المتكامل وليس للكتيل إذ المدين ليس طرفا في عقد الكتابة ( الوجيز للسنهوري ج ١ ص ٤ ط سنة ٦١ ) . ونحن قد حددنا البحث بالعقود المالية فيخرج من ذلك بعض العقود التي يكون فيها البديل غير مقيم من الناحية المالية وإن كان مشروعا - وقد سرح به الفقهاء بذلك إذ أخرج عقد الزواج من بين عقود المفاوضات ( لأنه ليس مقابلة مال بمال ) - ولتعتبر القرص دخلا في المفاوضة ولكن لا يدخل في المقابلة ( حاشية المفتاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣ ) .

ولذلك لم يكن مطلق الماوضة كافياً كأساس للالزام — بل للماوضة للمعتبرة في نظر الشارع والتي تؤدي — متى استوفت شروطها إلى تحقيق المساواة أو للمماثلة. يقول صاحب تحفة الفقهاء علاء الدين السمرقندي : ركن البيع هو الإيجاب من البائع والقبول من المشتري وحكم البيع ثبوت الملك في المبيع للمشتري. وثبوت الملك في الثمن للبائع « إذا كان البيع بائناً » ، وإذا باع عينا بعين فإنه يجب عليهما التسليم معاً تحقيقاً للمساواة في الماوضة المتضمنة للمساواة عادة (١).

على أنه إذا كان يشترط في الماوضة لاعتبارها من جانب الشارع أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد بين طرفيه ، فإن الشارع لم يترك للمتقادين دون تعظيم للماوضة بحيث تؤدي إلى ذلك النرض الذى يستهدفه الشارع ، وإذا نظرنا إلى الأسباب الموجبة لبطالان العقد أو فسادها في العقود التى تشتمل على الماوضة ويترب عليها حقوق والتزامات على أطرافها وجدنا أن هذه الأسباب ترجع إلى اختلال الماوضة فيها بحيث تصبح مبادلة لا يعتد بها الشارع ، فليست كل مبادلة في العقود المالية يرضى بها الطرفان تمد عقداً صحيحاً من عقود الماوضات في الشريعة الإسلامية ، إذ يجب أن تكون المبادلة في العقد على الصورة التى يصرها الشارع في الماوضة .

فالماوضة التى تم بين طرفين في عقد لازم كالبيع والإيجار والمزاولة والمساقاة ونحوها لم يتركها الشارع الإسلامى رهناً بإرادة طرفى العقد من حيث تقيتها — ذلك أن الماوضة بوصفها عملية مادية يجب أن تنصب إلى التوازن في مضمون العقد بالنسبة لكل من طرفيه ، وهذه الناية التى تنهاها الشارع

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندى ج ٢ ص ٥٠ — ٥٩ — الطبعة الأولى — دمشق .

الإسلامي ضد أساسية بالنسبة لثقته للمعاملات في الشريعة الإسلامية ، فأرضا وحده وهو قوام العقد لا يكفي لتحليل قبول كل من الطرفين لالتزاماته . أولبيان أساس الالتزام وسببه في العقود للزمته للجانبين ، وإنما يجب أن تكون للمواضة على الصورة التي يمتريها الشارع في العقد .

ونحن نجمل العقد أساساً عند البحث في مشكلة السبب فمندما نريد البحث عن سبب الالتزام في ثقته الإسلامي ، فإننا يجب أن نبدأ — كما سبق أن ذكرنا — بالعقد فهو وحدة البحث بخلاف ما يلجأ إليه ثقته القانون ولاسيا في ثقته اللاتيني ، إذ جرى على تحليل العقد والنظر إليه باعتباره سلسلة من الالتزامات ، ثم يبدأ البحث عن الأساس الذي يبنى عليه كل التزام منها ، والحقيقة أن تلك النظرة إلى العقد قبل الالتزام — عند بحث عناصر العقد ، وعند بحث أساس الالتزام الثنائي عنه وسببه — أسلم وأشد أصالة من تجزئة التصرف القانوني إلى سلسلة متعاقبة من الالتزامات لأن النظر إلى العقد كأساس ووحدة للبحث يتيح لنا أن نرى ما بداخله من أجزاء جمة وما ينتج عنه من آثار ثم نرى بعد ذلك أساس هذه الآثار وهي الالتزامات التي تنشأ من العقد ، ومن ناحية أخرى فإنه حتى في النظرية التقليدية في السبب ، والتي قامت على اعتبار أن كل التزام يلقي سببه في الالتزام للقابل ، فإننا نجد ربطاً وثيقاً بين الالتزامات . وهذا الارتباط لا يمكن أن يفهم إلا داخل العقد ، كذلك فإنه حتى في نظرية القضاء في السبب والتي تنحج إلى أن السبب هو الباعث الدافع لمصرف فإن هذا الباعث الدافع بطبيعته يرتبط بالعقد — كوحدة — أكثر مما يرتبط بالالتزام .

والنظر إلى السبب في العقد في ثقته الإسلامي يتفق مع تناول ثقته الإسلامي

لهذه المسألة في مختلف العقود ، والنظر إلى العقد بوصف أنه العملية القانونية التي يتجوز فيها السبب المراد بحثه هو ما نقيمه ، وبين لنا بعد ذلك أن السبب الذي توصلنا إلى وجوب قيامه في العقود اللازمة وهو الماوضة للمتبرة سرعا هو سبب الالتزام الذي يترتب على العقد ، ويكون الفارق بين نظرنا إلى السبب في الفقه الإسلامي ونظرة الفقه اللاتيني بانقادات إليه هو ما يخلق بطريقة البحث عن المسألة التي يراد اكتشافها وتبين طبيعتها ، ويبدأ البحث فيها عن السبب من العقد لا من الالتزام .

### اللزوم في العقد وأثره :

وإذا كان القانون الوضعي يضع في تقسيات العقود - العقود اللازمة للجانبين ، والعقود اللازمة لجانب واحد - وكذلك عقود الماوضة وعقود التبرع ، ويختلف بحث السبب في كل منها عن الآخر للفارق بين طبيعة عقد الماوضة وطبيعة عقد التبرع مثلا فإن عملية البادلة التي يهتم بها الفقه الإسلامي لا تقع إلا في عقد لازم حتى يكون النظر في تحقيق التكافؤ في التزامات الماقددين الناتجة من العقد ، ومعنى اللزوم هو عدم إمكان الماقد الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة<sup>(١)</sup> وتعبير العقد الملزم مرادف لتعبير العقد اللازم فلا يستطيع الماقد فسخه إلا بالتراضي ، ولا يمكنه أن يستقل بهذا الفسخ من جانبه إذا لم يقبل الطرف الآخر ، وإذا تراضي الطرفان على فسخ العقد والتعطل من أحكامه وهي تقع على كل واحد منهما كان ذلك إقالة<sup>(٢)</sup> .

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٦ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ - شرح التوضيح على التفتيح .

ج ٢ ص ١٢٣ .

(٢) وهي الإقالة التي يوقع بها كل بيع لازم - البائع ج ٥ ص ٣٠٥ .

والإلزام ينشأ عن العقد ، فالمقد الملزم للجانبين ينشأ في جانب كل من الطرفين التزامات معينة وهي التزامات متقابلة<sup>(١)</sup> وهي من آثار العقد حسب موضوع كل عقد من العقود الملزمة للجانبين ، وهذه الآثار التي تتوقف على شروط الماعدين يجب أن تكون ضمن الحدود الجائرة شرعا — وهي بخلاف الآثار العامة للعقد والتي رتبها الشارع عليه ويقتضيها العقد نفسه .

واكتساب العقد صفة الزوم معناه أن أحد الماعدين لا يستطيع الاستقلال بفسخه أو الرجوع فيه ، ذلك أن فسخه بمرقة أحدها فحسب يترتب عليه تغيير للوضع الذي قرره العقد بينهما ، ولا يجوز ذلك التنوير إلا بالتراضي من جديد على الرجوع في العقد أو الإقالة منه ، والمذاهب الإسلامية جميعاً على الأصل الذي ذكرناه ففى اكتساب العقد صفة الزوم لم يكن حقاً لأى من طرفيه فسخه أو الرجوع فيه دون رضى الطرف الآخر ، ولا يعلم فى ذلك خلاف وهو ما يتشبه مع فائدة العقد إذ لو كان العقد بعد تمامه متوقفاً على إرادة أحد عاقديه فحسب ، لم يكن لصفة الزوم معنى ولما كان للعقد اللازم فائدة .

غير أن المذاهب تختلف مع ذلك فى الوقت الذى يكتسب العقد فيه صفة الزوم أى الوقت الذى لا يجوز بعده لأى من طرفيه أن يستقل بفسخه ، وقد رأى اللذهبان الشافى والحنبلى أن العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإيجار والصلح على مال مئال لا تكتسب صفة الزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد بفرق الماعدين بأبدانها ، وقبل ذلك يكون لكل منهما أن يرجع عن العقد ويستقل بذلك الرجوع فينتهى العقد وحكمة ذلك عند أصحاب

(١) فالبيع مثلاً مقابلة شىء بىء أى على وجه التوفيق — فهو عقد ذو مقابلة بخلاف الهبة والقرض فلا مقابلة فيهما — لحماية الفرقاوى على شرح الصبر ج ٢ ص ٢ .

هذا الرأي أن يتاح الوقت للمقيد للتروي والتبصر في أحكام العقد وأثره<sup>(١)</sup> ومستند هذا الرأي الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «التبايعان بالخيار مالم يتفرقا» - أما الحنفية والمالكية فيذهبون إلى أن العقد لازم متى انعقد فلا يحق لأى من العاقدين الرجوع فيه إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد ويؤول أصحاب هذا النظر حديث الخيار بأنه يكون في فترة إجراء العقد أى ما بين الإيجاب والقبول ويكون الضيق هنا تفرق الأقوال إما برفض الإيجاب حراصة أو بقبوله فينعقد العقد ويكون لازما ومازما لكل من الطرفين<sup>(٢)</sup>.

ونحن نعرض للعقود التى اكتسبت صفة اللزوم فلا تقوم شبهة في التزام عاقدتها بها أيا كان الوقت الذى اكتسبت فيه هذه الصفة - ونعرض لما في تفسير المفاوضة فيها باعتبارها عنصرا من عناصرها يقوم بدور السبب - إذا استوفت المفاوضة مآشرطه الشارع لما في هذه العقود - ولا عبرة بكون العقود اللازمة أيضا قد ترد عليها بعض الخيارات الأخرى، فنحن نبهت عن المفاوضة في عقد لا خيار فيه أو استقر فيه حكم الخيار فأصبح ملزما لطرفيه بمعنى أننا لا نرتبط عند نظر اللزوم في العقد - والمفاوضة للمقيدة شرعا على أساس الإلزام - بسبب الإلزام لكل من عاقدته - بأن العقد قد يكون بعد انعقاده متوقفا على خيار معين من من الخيارات المقيدة ذلك أن ثبوت الخيار لأحد العاقدتين في فسخ العقد معناه

(١) خيار التروي مالا يترقب على فوات وصف وله سريان أحدهما المجلس فيكون خيار المجلس في كل مفاوضة محضة من بيع وسلم وصرف وإجارة - وراجع في شأن خيار المجلس - للفصل لفته الإسلامي للدكتور سلام مذكور ص ٥١٩ - ٥٢٣ .

ولا يثبت فيها لاسمى يبا ويقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتام الرضا ومبارحة المجلس بالبدن (الوجيز في فقه الشافعي للزالي ج ١ ص ١٤٤ مطبعة الآداب والدين سنة ١٣١٧هـ).

(٢) للملكية ونظرة العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فترة ١٠٧ .

سلب صفة الزوم من العقد اللازم بحسب الأصل فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو إمضاؤه مالم يسقط الخيار شرعا أو يمتنع على صاحبه أن يملكه .

والخيارات العقدية متعددة وقد بالغ فيها بعض الفقهاء فوصل بعضهم بها إلى أكثر من عشرين خيارا - فبها فضلا عن خيار للشرط والرؤية والعيب وهي الخيارات التي لا نجامل في ظهور أهميتها العملية - خيار الوصف والتفقد والتصين وغيرها وقد أوردت المجلة سبعة خيارات هي خيار الشرط والوصف والتفقد والتصين والرؤية والعيب والتفنن بالقرير<sup>(١)</sup> - وهناك بعض الخيارات التي يتناول الفقهاء حكمها كخيار السكنى وخيار كشف الحال<sup>(٢)</sup> .

كذلك فإننا حين نطبق للمواضة المتبعة شرعا لا ننفل أن بعض العقود اللازمة أصلا كالإيجار يجوز فسخه للمنز وإعنا تكون للمواضة سبب الإلزام بالنسبة لماقد في عقد الإيجار قبل المنز وعبد العقد - والمنز يرد أثناء العقد للزم للمستأجر ويغير المنز الذي يبيح الفسخ من حكم العقد - ومثل ذلك ما هو معروف في القانون بنظرية الظروف الطارئة وهي ترد أيضا على العقود اللازمة للجانبين ولا يقال مع وجودها أن العقد غير ملزم لطرفيه ببد انعقاده - وللزراعة وهي شركة على استثمار الأرض بالزرع يقدم فيها أحد الطرفين الأرض والآخر العمل<sup>(٣)</sup> يجوز فيها للطرف الذي يجب عليه بمقتضى العقد تقديم البذر أن يرجع عن الزراعة وحكمة ذلك ألا يلزم بإلقاء البذر وقد يكون على خطر التلف بإلقائه دون فائدة أما بعد إلقاء البذر في الأرض فإن للزراعة تكون لازمة في حق

(١) المجلة في باب البيوع للواد من ٣٠٠ - ٣٦٠ .

(٢) رد المحتار ج ٤ ص ٢٢ .

(٣) راجع المادة ١٤٣١ من المجلة ونمضها شرعا سنشير إليه تفصيلا فيما بعد .

كل من طرفيها<sup>(١)</sup> وتكون فيها الماوضة المعتبرة شرعا هي سبب التزام كل من الماقدين وهي جواب من يسأل لم التزم كل من الطرفين بالعقد - كذلك فإن عقد الاستصناع وهو في للذهب الخفي غير لازم بلاخلاف قبل صنع الشيء أما بعد الصنع فإن للمستصنع حق النسخ إذا رأى الشيء وكان على غير الوصف المتفق عليه وذلك من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح - وقد نصت المادة ٣٩٢ من المجلة على أن العقد يعتبر لازما منذ انقاده . إلا إذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف والشروط ، وهذا النص يحل عقد الاستصناع لازما في الأصل<sup>(٢)</sup>.

وما عدا العقود التي أشرنا إليها ، والأصل فيها القزوم وإن كان يعرض لبعضها عدم القزوم كما سبق أن أوضحنا في عقد الإيجار . فإن بقية عقود الماوضات هي عقود لازمة أي ملازمة للجانبين ونحن نبعث عنصر الماوضة فيها على أنه سبب الالتزام الذي يرتبه العقد على كل من طرفيه وأن الماوضة المعتبرة شرعا تقوم في هذه العقود بالدور الذي تقوم به نظرية السبب في الالتزامات المدنية .

وعلى خلاف هذه العقود الملزمة لطرفيها والتي لاخلاف في أن طبيعتها القزوم . توجد عقود غير لازمة بحسب طبيعتها كالوديعة والعارية والوصية وهذه العقود يحمسها أنه لا توجد فيها الماوضة أصلا ، وإن وجدت في بعض الأحوال كما في الهبة بعوض ، وسنرى ما إذا كان هناك عنصر في هذه العقود يقوم بدور السبب فيها أم أن طبيعة عدم القزوم التي تجمعها تمنع من القول

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٧٧ .

(٢) والعقد عليه في الاستصناع هو الوصف الذي يحدث في المحل بسل السائل . المبسوط



وجود أساس للالتزام فيها فتى سلمنا بأن هذه العقود لا تلزم طرفيها أو أحدها ولكل منهما أو لأحدهما الفصل من العقد لم يكن هناك داع للتساؤل - لم تلزم الدين .

ويلاحظ أننا دائماً نستعمل لفظ العقد جرياً على ما ذكرناه من أن الفقه الإسلامى فى دراسته للحقوق والالتزامات يبدأ بالعقد وليس بالالتزام الثانى عنه ، فقد جرى الفقه اللاتينى على أن يحلل العقد ويحلله سلسلة متعاقبة من الالتزامات ثم بدأ البحث عن الأساس الذى يبنى عليه كل التزام من هذه الالتزامات - فيبحث فى عقد البيع مثلاً سبب التزام البائع بالعمل على نقل الملكية وسبب التزام المشتري بدفع الثمن فيكون النظر فى البحث إلى الالتزام بدلاً من العقد .

ورغم أن الفقه الإسلامى كما هو النظر الغالب هو فقه تحليلى يهتم بالفروع والجزئيات ، وعلى الأقل من ناحية تدوين هذا الفقه بالقدات ، فإنه لم ينجح فى النظر إلى العقد نظرة الفقه اللاتينى على وجه المصوم بل اعتبر العقد وحدة البحث وتناول المفاوضة فيه بوصفها عملية مزدوجة تتفق مع طبيعة العقد الملزم للجانبين والذى لا بد له من طرفين لامتقاده .

#### البيع والمفاوضة الشرعية :

ومن ناحية أخرى فإن التسوية بين طرفى العقد قد لا تتحقق فى العقد الملزم للجانبين ويكون مع ذلك صحيحاً ، وقصد بذلك العقد الذى يشتمل على غير فلاجدال فى أن التبن يحل بالمفاوضة ومتى كانت سبباً للالتزام كل من طرفى العقد

جاز القول باختلال السبب وصار العقد باطلا — على أن الثمن لا يخل — حتى مع وجوده — بالماوضة التي يمتثلها الشارع سبباً للالتزام — إذ يبقى العقد صحيحاً ما دام قد تمت عملية الماوضة فيه على النحو الذي رسمه الشارع — فالثمن القاضى وهو أشد صور اختلال الماوضة بين طرفى علاقة الالتزام ليس مسلماً كسبب من أسباب الفساد في العقود التي تلزم الجانبين — ونحن نشير إلى الثمن هنا مع أنه من عيوب الرضا أى من العيوب التي تعيب الإرادة وليس من عيوب الماوضة نفسها وهى عملية مادية كما سبق أن ذكرنا ، ذلك أن الأصل أن الناس مسلطون على أموالهم والثمن الذى يلحق المشتري أو يلحق البائع من غير تقرير من أحدهما للآخر أو خداع يدل على تقصير العقاد المتبون فإن كل إنسان يتعامل في التجارة مع الناس له أن يطلب الربح وأن يقتضيه وفي الماوضات يبدو ذلك ظاهراً ، وفي المذهب الحنفى أن الثمن إذا لم يلحقه تقرير لا يجوز فسخ العقد به <sup>(١)</sup> .

وحجة من يقول بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعا الناس يرزق الله بعضهم من بعض « فإذا قصر العقاد في البحث والنظر والاستدلال على السعر الذى يبيع أو يشتري به لم يكن له فسخ العقد إذا تبين أنه قد غبن فيما باعه أو اشتراه — على أن المناظرة مع أنهم لا يميزون التمسك (أو إعطاء أحد طرفى العقد الخيار) في الثمن المجرد من الغلبة أو التدليس (وهو بمعنى كتمان أحد العقادين عيباً في البيع أو الثمن يعرفه عن التماسك الآخر وهو بمعنى الغلبة) إلا أنهم يستثنون حالة تلقى الركبان كما إذا خرج تاجر إلى من يأتى بالبضائع قبل دخوله أسواق البلدة فاشترى منه بصر أقل من سعر السوق لجعل

(١) فتح القدر ج ٦ ص ١٠٧ .

البائع له بالسعر ، فإن للبائع إذا تبين له أنه غبن بالنسبة إلى سعر السوق الخيار إذا دخل السوق ووجه ذلك عند الحنابلة ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من تلقى الركبان وأنه جعل للتلقي الخيار إذا هبط السوق <sup>(١)</sup> — كما يستثنى الحنابلة أيضاً المسترسل وهو الطرف الذي يستأمن الآخر في العقد على تحديد السعر إذا أعلمه أنه جاهل به ، أما إذا كان عالماً بأسعار السوق فلا خيار له — والمالكية يشترطون في حالة المسترسل أن يستأمن المشتري البائع ويعلن إليه أنه جاهل بالسعر فإذا باعه بعد ذلك بنين فاحش كان له الخيار — أما إذا كان جاهلاً بالسعر ولم يعلن ذلك للطرف الآخر في العقد فلا خيار له وقال البعض بالخيار <sup>(٢)</sup> والشافعية لهم في حرية المفاوضة ما يستدلون به بما رواه الشافعي عن طريق داوود وابن صالح التجار عن القاسم ابن محمد عن عمر رضي الله عنه أنه مر بمحاطب بن أبي بلتمة بالسوق وبين يديه غرارات فيها زبيب فسأله عن سعرها فقال له مدين لكل درهم فقال له عمر قد حدثت ببيعهم جاءت من الطائف تحمل زيبياً وهم يفترون بسمرك ( أى يبرم هذا السعر المنخفض فيبيعون بمثله ) فإذا أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى محاطباً في داره فقال له إن الذي قلت لك ليس عزمة منى ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخيار لأهل البلد فحيث شئت فبيع وكيف شئت فبيع ، فلكل من العاقلين أن يسى جهده في تحقيق الربح من المفاوضة طالما كانت في صورتها المشروعة .

وعند الظاهرية أن من غبن في بيع اشترط فيه السلامة فهو بيع مفسوخ

(١) الدرر الكبير ج ٤ ص ٧٧ وهو ما تناوله في اختلال المفاوضة بسبب ظروف العقد

(٢) الدرر الصغير للدردير ج ٢ ص ٩٣ .

— أما إذا لم يشترط السلامة فلا خيار له — والقيمة كما قال على : قيمتان باتفاق جميع أهل الإسلام قديماً وحديثاً فقد كان التجار على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يبيعون ما يشترون طلباً للربح ، وهذا أمر متيقن بقيمة يتتبع بها التجار السلع لا يتجاوزونها إلا لعلها وقيمة يبيع بها التجار السلع لا يحطون عنها إلا لعلها فهاتان القيمتان تراعيان كل قيمة في حالها <sup>(١)</sup> وإذا علم المبيعون بالنبن ورضى به كان العقد صحيحاً <sup>(٢)</sup>.

ومتأخرو الخفية أجازوا فسخ البيع الذى فيه غبن فاحش في مال اليتم ومال الوقف وبيت المال وعلى ذلك نصت المادة ٣٥٦ من المجلة .

وبذلك يتضح أن الغبن حتى ولو كان فاحشاً <sup>(٣)</sup> لا يقيد بذاته فساد العقد في الفقه الإسلامى ما دامت للماوضة في العقد الملزم للجانبين قد حصلت على الصورة التى حددها الشارع ، ولا جدال كاسبون أن ذكرنا أن النبن يحل بالماوضة بين العائدين وإن كان لا يحل بالماوضة المتبرة شرعاً . إذ الماوضة ولو أنها تؤدي بحسب ما شرطه الشارع فيها إلى التوازن في مضمون العقد — إلا أنها لا تستلزم التبادل بين طرفي العقد من الناحية الواقعية — ذلك أن فساد العقد الملزم للجانبين — الذى يتضمن ربا أو غرراً أو نهبا عما يخوف منه على سلامة الماوضة — أو الذى يتضمن شرطاً لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل — هذا التصاد الذى يقرر لهذه العقود يؤدي (بجنبه) إلى عقد صحيح واماوضة عادة .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٣ .

(٣) اختلف في تقدير النبن — فهو ما لا يدخل تحت تقوم القومين أو الذى يتنافى الناس في مثله كصف الضر أو الضر في النار — الفتاوى الخيرية ج ١ ص ٢١٩ .

### شروط المعاوضة المستبرة سرها :

وحى يمتد الشارع بالمعاوضة فى المقد اللازم الذى ينتج التزامات على كل من طرفيه - فإنها - يجب أن تستوفى شرطين أحدهما أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون المقد وتانيهما أن تكون الناية منها (أو من المقد الذى يتضمنها) مشروعة .

### أولاً : التوازن فى مضمونه المقد

يشترط أن تؤدى المعاوضة إلى التوازن فى مضمون المقد - ولم يترك الشارع الإسلامى ذلك لحض إرادة الطرفين أو لاجتهادهما فى فهم معنى للوازنة بين حقوق والتزامات كل من طرفى المقد - وإنما وردت المبادئ العامة التى يؤدى تطبيقها فى كل عقد لازم إلى تحقيق التوازن فى مضمونه بين طرفيه - وهذه المبادئ التى أوردها الشارع الإسلامى تؤدى إلى تحريم كل عقد تختل المعاوضة فيه لصالح أحد طرفيه على حساب الآخر - وعندئذ يبطل العقد - فلكى يكون المقد صحيحاً ملزماً لطرفيه يجب أن تكون المعاوضة على الصورة التى أوجها الشارع خالية من كل ما يجعلها تختل لصالح أحد الماقدنين سواء كان اختلال المعاوضة ناشئاً عن طبيعة العقد التى لا تجعل سبيلاً إلى تحقيق التوازن فيه كالعقود الربوية وعقود الفرض فإن هذه العقود يفوت فيها حق أحد الماقدنين أو التزامه الناشئ من العقد أو يكون على خطر الوجود أو المدمم ولذلك أبطل الشارع الإسلامى عقود الفرض لأن طبيعة هذه العقود لا تؤدى بذاتها إلى تحقيق ذلك التوازن حتى وإن تحقق من الناحية الفعلية فى عقد من العقود فإن ذلك العقد يكون باطلاً لأن التوازن فى مضمون المقد فى المعاوضة يجب أن يكون ممكناً عند انعقاد العقد - ولا عبرة

بحقيقته فعلا ما دامت طبيعة العقد نفسها لا تسمح بظهوره عند انعقاد العقد .  
وقد أبطل الشارع الإسلامى أيضا نوعاً من العقود بسبب ظروف انعقاد العقد  
وهى خارجة عنه ولكنها تؤثر فيه فتجعل للدارضة تحتل لصالح أحد المتعاقدين .  
على حساب الآخر وهذه الظروف قد تكون متصلة بأحد الطرفين فى العقد  
كحالة الاضطراب التى يكون فيها أحد المتعاقدين مضطراً إلى الشراء أو البيع  
أو يواجه الطرفان معاً حالة احتكار لا يد لها فيها - ويريد أحدهما أن يستغل .  
فيما حالة الاحتكار فضلل للبادة أو للماوضة لصالحه .

وكذلك فإن للماوضة قد تحتل بسبب الشرط . وقد عمد الفقه الإسلامى  
إلى استخدام نظرية الشروط العقدية فى تحقيق التوازن والتكافؤ بين المتعاقدين .  
فى مضمون العقد - فأبطل الشروط التى لا يقتضيا العقد ولا يجرى بها العرف  
أو لم يسمح بها نص إذا كان فيها منفعة لأحد المتعاقدين - ولاتلبيح لذلك النهى .  
عن مثل هذه الشروط إلا بأن الشارع أوجب شرعاً التوازن والتكافؤ فى  
الالتزامات وحقوق المتعاقدين الناشئة من العقد وحى الطرفين من الشروط التى  
تخل بالتوازن فى مضمون العقد وجعل العقد الذى يتضمن هذه الشروط فاسداً  
على تفصيل فى المذاهب نمرض ٤ فى حينه .

وشروط التكافؤ فى حقوق المتعاقدين والالتزامات - الناشئة من العقد -  
قد تكفل للشارع بالأحكام التى تؤدى إلى تحقيقه وذلك فى الأحكام المتعلقة  
بالربا والغرر والشروط والنهى عن بعض العقود اللازمة بسبب ظروف انعقادها  
أو طريقة انعقادها لئلا يخلل فى الباطلة العقدية - وليس على المتعاقدين سوى  
مجانبة ما نهى الشارع عنه وعندئذ يحقق التوازن فى مضمون العقد ويكون صحيحاً  
إذا تحقق أحكام الشارع المتعلقة بالباطلة كغيبيل تحقيق الماوضة التى يستبرهه

الشارع ، وهو أمر فرضه الشارع ولا محل بعده لقول بأن المبادأة لا يمتد بها الشارع - ويتوفر للعقد اللازم سببه في قيام المعاوضة التي يمتد بها الشارع وتصبح سبباً يبرر التزام كل متعاقد بالوفاء بما أوجبه عليه العقد - فقام المعاوضة على الصورة التي وضع الشارع حدودها هو السبب في التزام كل من المتعاقدين في العقد اللازم قبل الآخر ، أما إذا شاب للمعاوضة ما يخل بها ويحملها غير معتبرة من الشارع - كالربا أو التمرر أو الشرط الفاسد - أو الظروف التي تؤدي إلى الخلل في المعاوضات التي نهى الشارع عنها - فإن المتعاقد لا يلتزم بهذا العقد لأنه عقد فاسد وذلك رغم الرضا به وسلامة محل العقد - إذ لا يقوم هنا سبب لالتزامه بالعقد .

ولما كان شرط التوازن في مضمون العقد لا يظهر إلا عند مخالفة ما نهى الشارع عنه ، فقد رأينا أن نتناول هذا الشرط تفصيلاً في القسم الثاني عند تطبيق السبب على العقود ، فإذا اختلف هذا التوازن والتحكاف في مضمون العقد اللازم - كما سنرى في صور هذا التصلف - في أحكام الربا والتمرر والشرط الفاسد والخلل المنهى عنه في بعض العقود - كان ذلك بمثابة تخلف السبب في العقد فيبطلان العقد هنا مرده إلى تخلف السبب عند انعقاده . وسنرى أن الخلل في المعاوضة بعد الانقضاء يكون جزأه سواء كان القسح أو تحمل النتيجة مقصوداً به إعادة المبادأة إلى التوازن الذي اختل بسبب عدم تنفيذ التزام أحد الطرفين بخصته أو بسبب قوة قاهرة ، ولما كان شرط الناية المشروعة من العقد يشترط فيه العقد اللازم مع العقد غير اللازم - وإن كان العقد غير اللازم لا يحتاج إلى غيره - فإننا نبينه تفصيلاً في هذا الفصل وما نورد فيه يجرى حكمه في العقد اللازم وغير اللازم - وإن كنا في القسم الثاني قد تناولنا الناية المشروعة من العقد غير اللازم في بعض العقود التي تعرضنا لها على وجه التصديده .

### ثانياً : شرعية الغاية مع العقد

من المسلمات في الفقه الإسلامي أن الشارع هو الذي رتب أحكام العقود وآثارها فالمكلف ينشئ ما يريد من العقود والتصرفات بإرادته ، وهذه الإرادة لما الأثر الكامل في إنشاء التصرف ما دامت إرادة سليمة — ولكن آثار التصرف الذي أنشأه لا يخضع لما في تحديد مدى التصرف والحقوق والالتزامات الناشئة عنه فذلك من أمر الشارع لا من العقد ، ومقتضيات العقود كلها من الشارع ولذلك يقول الفقهاء أنها أسباب جلية شرعية ومعنى ذلك أن إنتاج العقد لآثاره ليس نتيجة للعقد بصيغته وإنما لأن الشارع رتب الأمر على العقد فرتب نقل الملكية على البيع وحل المنة على الزواج — فالشارع قد جعل على الأموال أسباباً ظاهرة وأعطاهما أحكامهما وناط بها الآثار التي تترتب عليها<sup>(١)</sup> فالمكلف يحدث الأسباب والشارع يثبت الحكم لثبوت سببه من المكلف<sup>(٢)</sup>.

وجعلية الآثار قد صرح بها فقهاء المذاهب فهي قضية مسلمة إذ أن لإرادة الإنسانية دورها في إنشاء العقد والشارع هو الذي يرتب أثره — ويختلف ذلك من القانون الوضعي الذي يعترف للإرادة بأنها تنشئ العقد وتحدد الأثر وسنرى ما تترتب عليه الجعلية من آثار بالنسبة للسبب في الفقه الإسلامي .

### الجعلية وأهم أركانها :

وقد سبق أن ألقنا إلى أن الجعلية في الفقه الإسلامي تهدف إلى إقامة التوازن في مضمون العقد بين الماقددين وذلك المهدف يذكره من كتبوا عن

(١) المصنعي للقرال ج ١ ص ٦٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢١٤ .



ذلك الفارق بين الفقه الإسلامى والقانون فى موضوع مبدأ سلطان الإرادة ، فإن تحديد آثار المقد إذا كان من الشارع - وهو فى الفقه الإسلامى - الله سبحانه وتعالى فإنه يكون مفضيا ولا شك إلى ما فيه عدل بين الناس وضع لهم فترتيب آثار المقد من الشارع إذا قصد به العدل ، وفى العقود يكون ذلك بالوازنة فى آثار المقد بين ما يترتب للماعد ، وما يترتب عليه .

وإنما كان حكم المقد وأثره من عند الله سبحانه وتعالى حتى لا يبنى الناس بعضهم على بعض نتيجة رغباتهم المختلفة وأهوائهم للتباينة التى قد تؤدى إلى التنبى والفرر<sup>(١)</sup> ، وقد حدد الشارع للعقود حدوداً والحكمة من ذلك ألا تؤدى إلى النزاع ، ولا يتألم منها غبن ولا يلحقهم بسببها غرر وحتى لا يتضخموها وسية وطريقاً إلى اقتراف ما نهى الله عنه<sup>(٢)</sup> وكل ذلك صونا للمعاملات من دواعى القساد وحسماً لمادة الخلاف بين الناس<sup>(٣)</sup> .

وإذا كان الشارع يحدد مقتضيات العقود ويراعى فيها التوازن والتكافؤ بين حقوق الماعدين والتزاماتها ، وذلك منعا للنزاع والبنى بين الناس . فإننا نتعامل عن صلة الجلية التى يأخذ بها الفقه الإسلامى بقصد للسكف من إنشاء المقد .

وإذا كان الشارع يضع آثار العقود فتصبح حكم المقد ويحدد مقصدها الأصلى فإن ذلك لا يتصل بالماعد - ذلك أن حكم المقد كافى للبيع هو نقل الملكية بموضى وللمقصد الأصلى من الإيجار هو ملك النفعة بموضى - لا يبدو لأيهما علاقة بالماعد إذ بعد أن ينشئ الماعد المقد لا يكون لإرادته دور فى إيقاع

(١) محمد سلام مذكور فى الفقه الإسلامى ص ٧١٩ .

(٢) على الخفيف - أحكام للمعاملات الشرعية ص ٢٤٢ .

(٣) محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية المقد ص ٢٢٠ .

أثار العقد وترتبها على التصرف الذى أنشأه ، وقد عرف البعض المقصد الأصلى بأنه الناية النوعية ، أى الحكم الأصلى الذى جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه <sup>(١)</sup> ، وقد ذكر البعض أن المراد بالناية النوعية هو موضوع العقد أى المقصد الأصلى الذى شرع العقد لأجله ، وهذا الموضوع أو الناية النوعية لا يتغير فى النوع الواحد من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد <sup>(٢)</sup> .

والواقع ان الناية النوعية للعقد لا تفصل بالمقصد من جهتين :  
أولاهما أنها من عمل الشارع بلا خلاف فالشارع هو الذى حدد المقصد  
الأصلى لكل عقد من العقود - وللعقد جملة <sup>(٣)</sup> .

ثانيهما : أن المقصد لا أثر له فى المقصد الأصلى لإرادته تسجى عن تغييره  
أو ادخال تعديل فيه ، وإذ ذلك فإن المقصد لا يستطيع أن يشتري دون أن  
تنقل الملكية ولا يستطيع أن يستأجر دون أن يلتزم بدفع أجره الانتفاع ،  
وإنما يجب عليه أن يسير فى اتجاه المقصد الأصلى لتحقيقه وليس له أن يمارسه  
أو يفوته بإرادته .

#### إرادة الشارع وقصد العاقد :

وبذلك يتبين أن إرادة الشارع المتمثلة فى المقصد الأصلى للعقد هى قانون  
أوى الشرع ونستطيع أن نقضى على المقصد الأصلى للمقصد من الصفات ما يبرى  
على إرادة الشارع فى تنظيم أمر معين من كونها لا تحق أمامها إرادة  
المكلف وأنها تحقق العدل والمصلحة ، وقد أورد الأستاذ وحيد سوار

(١) التعبير عن الإرادة وحيد سوار ص ٥٠٠ — وهو تعريف لى بنه .

(٢) مصطفى الزرقا للدخل القضى العام ص ٢٩٩ — وهو تعريف للمقصد الأصلى بأنه  
موضوع العقد .

(٣) وهو لزوماً لبقاء التدور بمباشرتها — واهج ص ١٥٥ .

في رسالته ان خصائص المقصد الأصلي أنه ذو طابع مادي وأنه محدد للنوع التصرف وأنه يمثل لوظيفة التصرف القانونية الاقتصادية كانت أو اجتماعية<sup>(١)</sup> ، إلا أن ما يراه بعد ذلك من وجود ترادف بين المقصد الأصلي والحكم يؤكد ما تقدم من أن المقصد الأصلي هو ما شرعه الشارع حكماً للعقد ويكون المقصد الأصلي إذا شرعاً مجتاً ، وليس عنصراً في عقد معين ، ولا جدال في اختلاف ما يشرعه الشارع من حكم في العقد ، وبين ما يتكون منه العقد نفسه ومنه السبب أو الماوضة .

فالناية النوعية أو المقصد الأصلي أو الحكم كل ذلك — شرع — لا يميز بمقارنته بالسبب في العقد أو الالتزام إذ ليس عنصراً من عناصر عقد معين بل هو حكمه متى انعقد العقد صحيحاً وأثره إذا استوفى شرائطه ، وهنا يظهر التماثل بين إرادة المكلف وحكم الشارع إذ أن حكم الشارع بعد قانونا يلتزم المكلف بالعمل في دائرته اما إرادة المكلف فإنها تعمل داخل حكم الشارع ولا تستطيع أن تمارسه .

ونحن نوافق على أن المقصد الأصلي أو الحكم هو السوغ لحماية الشارع للتصرف ذاته مصدر القوة الإلزامية للعقد أو التصرف ، فالشارع إذا كان حكمه نقل الملكية للمشتري ومالك البائع للتمن - في عقد البيع - فإن ذلك هو الذي يسوغ مطالبة المشتري للبائع بتسليم المبيع ومطالبة البائع للمشتري بأداء الثمن ولولا المقصد الأصلي لما وجدت هذه المطالبة ما تحصى به<sup>(٢)</sup> .

(١) وحيد سوار التعبير عن الإرادة ص ٥٠٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٥١٢ - وعائل ذلك ما ذكرناه عند الحديث عن النظرية الإيطالية في السبب وهي أن هذه النظرية تجاوزت تصوير السبب الذي يخته الفقه اللاتيني إلى تصوير آخر يثبت فيه عن السوغ لحماية التصرف ذاته .

وإذا ضمنا قصد الماقد في التماقد إلى جانب المقصد الأصلي فإنه يظهر لنا<sup>(١)</sup> اختلاف الأمرين اختلافاً كاملاً فالمقصد الأصلي تشريع وقصد الماقد إرادة ، والمقصد الأصلي هو كما يسمى « الناية النوعية » لا يتخير بالنسبة لكل عقد من العقود فهو تنظيم الشارع أما قصد الماقد أو الباعث على العقد فهو غاية شخصية لا نوعية<sup>(٢)</sup> وتخير هذه الناية بتخير الأشخاص فقد يتماقد الشخص بقصد التخلص من متاع عنده وقد يتماقد بقصد الربح وقد يقبل على التماقد عن حاجة أو عن غنى فكل ذلك قابل للتخير من شخص لآخر ومن عقد لغيره ومن زمان لسواه ، فكل ما يتعلق بالإرادة الإنسانية قابل للتغيير ، وكل ذلك يجمعه في الفقرة بين المقصد الأصلي ومقصد الماقد — أن الأول تشريع — والثاني تصرف .

### ما هو قصد الماقد وما هو الباعث :

وعلى خلاف القانون الوضعي وهو في القانون المدني المصري كما أوردت المذكرة الإيضاحية يستهدف الباعث الدافع على الالتزام سبباً للعقد ، فإننا لا نجد لفظ الباعث مذكوراً في كتب الفقه بل نجد مقصد الماقد ونتجته .  
والنتيجة بتشديد الياء وتخفيفها مصدر نوى الشيء بنويته أي قصده واعتقده<sup>(٣)</sup> ، وحقيقتها قصد الشيء وعزم القلب عليه ، والفعل الذي تملكت به إرادة التناوى . وقصده إما أن يكون حالياً أو استقبالياً ، فإذا تملكت التية بالقصد الحالي سميت قصداً تخفياً ، وإذا تملكت بالفعل للمستقبل سميت عزمًا<sup>(٤)</sup> ، فالنتيجة إذاً من قبيل القصود والإرادات . وكل فعل صادر من عاقل

(١) مصطفى الرزقا — الممثل القلبي العام ص ٣٠٠ .

(٢) المصباح اللغوي — قاموس مادة نوى ج ٧ ص ٨٧٥ — ٨٧٦ .

(٣) نهاية الأحكام في بيان ما لينة من أحكام لأحمد الحسيني ص ٧ .

مختار لا يخلو من نية سواء كان من العبادات أو المادات كالنفود<sup>(١)</sup> :  
والنية يجب أن تكون مقارنة للفعل وفي النفود مثلا تكون النية مقارنة  
للعقد ، فالنية ترادف القصد ولذلك فإن ما يعبر عنه الفقهاء من نية الماقد  
أو القصد لديه يستويان في المعنى .

غير أن الباعث ولو كان باعثاً دافعاً إلى التصاقد قد يختلف عن النية في بعض  
الصور ذلك أن تحديد الباعث الدافع من بين البواعث النفسية التي توجه  
الشخص قد يختلط الأمر فيه فإذا أقبل شخص على البيع قد تدفعه بواعث عديدة  
مثل الرغبة في التخلص من المبيع أو الرغبة في الحصول على الربح أو الحاجة إلى  
التمن الذي يقتضيه مثلا أو التخلص من المبيع خلافاً لأحكام القانون وقد تجمع  
البواعث وتعمد أما النية والإرادة والقصد فهي عبارات متواردة على  
معنى واحد - وهي حالة وضعية للقلب يكتنفها أسرار علم وعمل ويقول النزالي  
إن كل عمل اختياري لا يتم إلا بثلاثة أمور علم وإرادة وقدره<sup>(٢)</sup> . والنية  
تتوسط العلم والقدره فإذا جازمت للمعرفة انبهت الإرادة وإذا انبهت الإرادة  
انبهت القدرة - فالنية عبارة عن الصفة للتوسعة وهي الإرادة وانهاض النفس  
بحكم الرغبة والليل إلى ما هو موافق للفرض في الحلال أو في المآل فالمحرك  
الأول هو الفرض المطلوب وهو الباعث وهو القصد النوى وقد تعدد البواعث

(١) نهاية الأحكام ص ٩ والنية في اللغة هي القصد — وعرفها البيضاوي بأنها شرعاً الإرادة  
للتوجه نحو الفعل اجتناء وجه الله — وللقصود منها تمييز المبادات عن المادات وتمييز بعض  
المبادات عن بعضها الآخر الأعباء والنظائر لأن نجيم ص ٤٦ — ٤٧ .

(٢) إحياء علوم الدين للنزالي ج ٢ ص ٣١٧ .

فيجتمع باعثنان على التمل مثلا وكل منهما كاف للقدرة وقد يكون الباعثنان بحيث لا يستقل أحدهما بالقدرة بمفرده ولكن اجتماعهما كما يحيل القدرة فاعمة أو يكون أحد الباعثين بحيث إذا أضيف إليه الباعث الآخر سهل له الأمر<sup>(١)</sup>.

فالباعث والنية والقصد هنا ألفاظ تؤدي معنى واحداً وقد أحسن النزالي إذ وضع النية بحيث تعبر عن العلم والقدرة - كما صرح بأن كل عمل اختياري لا يتخلو من باعث أو قصد إليه وهو ما يقرره علماء القانون عندما يقولون أنه ما من إرادة مميزة إلا ولها باعث وأن الإرادة التي تتخلو من باعث هي إرادة غير المميز لغسب . وهنا تدق الصفرقة بين البواعث المختلفة فإذا اجتمع منها عدة بواعث لدى شخص معين فإنه لا يمكن بسهولة تحديد أى باعث منها وجه العقائد إلى التصاقد حتى تعرف مشروعية هذا الباعث وإذا اختلطت عدة بواعث بعضها مشروع وأحدها غير مشروع احتاج الأمر إلى تحديد أى البواعث كان دون غيره دافعا وموجبا للعقائد - حتى تعرف صحة العقد من بطلانه .

وقد حاول الفقيه الفرنسي جوسران أن يميز بين البواعث المختلفة التي قد يتأثر بها العقائد حتى يستبين منها الباعث الموجه أو الباعث الذي تقف عنده في تقرير صحة الالتزام أو العقد أو بطلانهما<sup>(٢)</sup>.

فهناك الباعث الداخلي ولا يعتبر ذلك باعثا بالمعنى الحقيقي بل يعتبره جزءا من النية ويكون مقارنا للعقد - وهناك الباعث الموجه أو السببي - وهناك

---

(١) للرجع السابق ص ٣١٣ غير أن النية والباعث تختلف عن النية من المقدمى خارجي من تنفيذه فهي على أية حال نهاية أما النية فهي بداية والشارع الإسلامي إنما يحاسب الإنسان ( في الدنيا ) بحسب النية من التصرف فيمطله أما النية فافا لم يتبها عمل بحيث تحقق النية المقصودة فلا حساب عليها في العقد .

(٢) البواعث الأعمال القانونية - جوسران بند ١٦٠

«الباعث الثاني الذي يتعلق بالمستقبل ويكشف عن الغرض الذي ينتظره الماقد أو التصرف من العمل القانوني - وقد ضرب جوسران مثالا لذلك في عقد الهبة فن يهب لابنه مثلاً قالباة بالمضى الأول في مجرد نية التبرع والباعث الوجه في علاقة القرابة أو غيرها التي دفعت إلى التبرع والباعث الثاني فيما ينتظره الواهب من أثر للهبة لدى الموهوب لديه .

### حكم التبرع والقهض في الشريعة الإسلامية :

والواقع أننا في بحث أثر النية أو القصد على العمل القانوني في الفقه الإسلامي نرى أماننا أصولاً في الشريعة الإسلامية لا بد من صراعاتها .  
ففي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه » وقد روى هذا الحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأخرجه البخاري ومسلم وغيرهما - ويقول السيوطي في الأشباه والنظائر في القاطعة الأولى أن ذلك حديث مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم وأورد أحاديثاً كثيرة في معناه وإن اختلف اللفظ<sup>(١)</sup> - ويقول إن الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهما قد اتفقوا على أن هذا الحديث ثلث العلم ومنهم من قال ربعة - لأن كسب العيد إنما يقع بقلبه ولسانه وجوارحه والنية أحد الأقسام الثلاثة - ومفاد كلام أحمد بن حنبل أنه ثلث العلم أنه أحد القواعد الثلاثة وثانيتها من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد وثالثها الحلال بين والحرام بين - وأفاض السيوطي في النقل في تعظيم حديث النية<sup>(٢)</sup> .

(١) الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ص ٧ طبعة مصطفى محمد .

(٢) المرجع السابق ص ٨ وما بعدها .

والنية أمر نفساني بحث وتنصف بالذاتية المطلقة وقد حاول البعض أن يحمل إقدام الشخص على عمل معين يمر بمراحل أولها الماحس وهو ما يلقي في النفس ثم الخاطر وهو جريان ما يلقي في النفس ثم حديث النفس في التردد بين الفعل والترك ثم الملم وهو الملم بفعل الأمر ثم العزم وهو قوة القصد والجزم به - والراتب الثلاث الأولى إن كانت في الحسفات لم يكتب لربها أجر وكذلك في السيئات لا يكتب بها ذنب أما الملم بالفعل فيكون حسنة ولا يكون سيئة والأصح أن يكتب الفضل وحده<sup>(١)</sup>.

والشرعية الإسلامية شرعية دينية تنطب فيها العوامل الخلقية وهذا يقتضى منها أن تستند بالباعث الذى تقاس به شرف اللواط وطهارتها فكان ينبى أن يكون لنظرية السبب مكان ملحوظ يضاهى مكانها في الفقه اللاتينى<sup>(٢)</sup>.

والواقع أن الحديث « إنما الأعمال بالنيات » لا يفيد بطلان التصرف القانونى الذى يقده الشخص منتويا به الوصول إلى ما يخالف الشرع ذلك أن النية وحدها لا تكفى للقول ببطلان التصرف إذ أن الحساب على النية غير مقبول في الفقه الإسلامى إلا في الآخرة أما في الدنيا فإن الأحكام تبنى على الظاهر - وفي الحديث « إن الله قد تجاوز لأمتى ما حدثت به نفسها ما لم تكلم أو تعمل به » فإذا أراد الإنسان من القصد الوصول إلى غرض غير مشروع فإن نيته وحدها لا تكفى لبطلان القصد ولكن السعى إلى ذلك الغرض إذا تمثل في عقد معين فإن ذلك القصد قد يبطل لأنه يؤدى إلى الناية غير المشروعة .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠ غير أن هذا التقسيم لا يمكن أن يفيد من الناحية العملية في المعاملات .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامى ج ٤ ص ٥٣ .



ومن الأصول التي يجب مراعاتها أن القضاء بين الناس إنما يكون بحسب الظاهر قد جاء في الجامع الصحيح في البخاري ومسلم قوله صلى الله عليه وسلم :  
إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل أحكم أن يكون الحق بحجته من  
الآخر فأقضى له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقضى له  
بقطعة من النار فليأخذها أو فليتركها .

فالقضاء بين الناس يكون بحسب الظاهر <sup>(١)</sup> ولا يمكن أن يؤخذ الإنسان  
على نيته بأن يقال إن هذا القصد يقصد منه المآخذ غرضاً غير مشروع إذ النية  
في ذاتها لا يمكن أن تتبين على وجه يصح معه أعمال الجزاء ولا تنكاد الشريعة  
الإسلامية تعرف حالة يماقب فيها الإنسان على مجرد نيته وقصده إذا لم يأت  
بفعل أو قول أو ترك يخالف حكم الشارع .

وإذا راعينا أن النية وحدها دون عمل جزاؤها لا يكون قضاء ، وإنما  
ديانة لحسب بالإثم ، وراعيها أن القضاء أساسه الحكم بالظاهر خرجنا من  
ذلك بنيتين :

أولاهما : أن النية ذاتها لا قصد التصرف إذا لم تقترن بالسعي إلى تحقيق  
غرض غير مشروع بأخذ القصد وسية إليه .

ثانيهما : أن النية من التصرف لو اتضعت لإماراتها وشواهدا قصد

---

(١) التي شرح موطنها الله ج ٥ ص ١٨٢ — وقوله ما ورد في قصة التلحينين  
من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا الأيمان لكان لي ولما شأن » رواه البخاري —  
فمحقق قول الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه لم يتم المدعى المرأة ، ولأن الدنيا دار  
تسكين والأحكام تجري فيها على الظاهر المرجح السابق ، ولا يجوز التكليف بالقضاء إلا إذا  
بنى على الظاهر لا امتناع التكليف بشيء عقلاً وسلاً حل أو حرمة التقضى به إذا خالف حكم  
الباطن إنما ترد بعد القضاء ، وحكم الحاكم لا محل للمراءى ولا يثبره — المرجع السابق ص ١٨٩ ،  
مختصر المزي ج ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ — للنقل عنه الإسلامى سلام مدكور ص ٣٧٦ .

التصرف حتى ولو كان الماقد لم يقصد اتخاذ القصد وسيلة إليها<sup>(١)</sup> .

### نية الماقد والغاية من التصرف :

ولا يمكن أن تفرق بسهولة ويسر بين النية المجردة في عقد من العقود وبين الغاية التي يريد للتعاقدان أو أحدهما أن يصل إليها عن طريق العقد ، فنية الماقد المجردة في عقد بيع مثلا إذا اقتصر على أحد المتعاقدين قد لا تكفي لقول ببطالان العقد ، أما الغاية غير المشروعة للتصرف فحكها بطلان العقد حتما وذلك هو أمر الشارع ، فكيف نجد فاصلا نستطيع أن نفرق به بين ما إذا كان الأمر قد اقتصر على مجرد اللبنة أو تمدها بإقدام الماقد على السهر « هو أو الماقدن مما » في الطريق الذي يؤدي إلى غاية حظرها الشارع .

فن للعلم أن الإنسان لا يحاسب إلا على ما جنت يده ، وذلك بنص القرآن الكريم في العديد من آياته الكريمة إذ يقول سبحانه وتعالى : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » ، فإذا باع شخص لآخر سلاحا ولم يقصد سوى البيع لقاء ثمن وكان مشترى السلاح يقصد استعماله في البقي على الناس ، فإننا نجد هنا وضما يؤدي إلى أبطال العقد دون ذنب جناه البائع وقد يكون له حاجة في العقد .

ومن ناحية أخرى فإننا نجد أن ماقد يؤدي إليه العقد يخالف إرادة الشارع ومقاصده فوجب معه فكيف نوفق بين مراعاة حق الماقد وتحقيق مقاصد الشارع .

---

(١) وهنا تبدو دقة التصريح الاسلامي فالتية بنتها لا آثر لها ، أما الغاية التي بأبهاا الشارع ويؤدي إليها العقد قلما أو حسب التالب فهي مناط الحكم - فإذا كان العقد يتخذ ذريعة للوصول إليها بطل العقد سدا للفرائح حتى ولم لم تكن نية الماقد تصرف إلى الغاية المحرمة ، وهنا بتوسط قاعدة سد الفرائح مرحلة النية ومرحلة الوصول إلى الغاية المحرمة .

### مبدأ سد الذرائع وأثره :

وبسبارة أخرى كيف نستطيع أن نبطل التصرف الذى يكون قصد أحد الماعدين منه غير مشروع مع أن الوسيلة التى استخدمت فى الوصول إليه مشروعة فى الظاهر وحى العقد .

وهنا يظهر تأخير المبدأ الذى يعرفه الفقه الإسلامى ولا يعرفه فقهاء القانون - ذلك أن مبدأ سد الذرائع فى نظرنا إنما يقصد به إبطال أو تصحيح التصرف بحسب غايته فهو هنا ينسب الغاية إلى التصرف أو العقد لا إلى الماعدين ومتى تحللت هذه الغاية بأنها غير مشروعة فسد التصرف ولا يكون لجرد قصد الماعدين ونيتهم أثر يذكر - إذا تقرر أن الغاية من عقد معين بحسب عقديده أو ظروف عقده من حيث الزمان أو المكان . هى غاية غير مشروعة .

وإذا كان القضاء بالظاهر كما قررنا من قبل فإن ذلك لا يتمتع منه الوصول إلى إبطال العقد الذى يقصده المتعاقدان أو أحدهما أمراً غير مشروع كالربا أو البخى على الناس ، ذلك أن القضاء بشواهد الحال جائز كما لو وجد الشيء المسروق مع من يتهم بسرقة ، وكذلك الحكم بالقريفة الظاهرة وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم بما يفيد الأخذ بالقريفة حين أمر الزبير أن يقرر شخصاً اتهم بأنه غيب مالا وادعى قتاده فقال الرسول صلوات الله عليه وسلامه « للعهد قريب والمال أكثر من ذلك » فكثرة المال وقصر المدة قريفتان على كذبه فى فساد المال<sup>(١)</sup> .

ويقول القرافي أن الوسيلة إلى أفضل المقاصد هى أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما هو متوسط متوسط<sup>(٢)</sup> .

(١) الطرق الحكيمة ص ٨٠

(٢) القروق ج ٢ ص ٣١ - ووسيلة القصد تابعة له - أعلام الوقفين ج ٣ ص ١٢٠ وكما سقط اعتبار التصد سقط اعتبار الوسيلة - أنوار البروق ج ٢ ص ٣٣ مطبوع مع البروق

فالمرء هنا بقاية التصرف أو العقد نفسه وليس الأمر كله مرجعه نية الماقد أو باعته على العقد لأن النية وحدها كما أسلفنا لا يبنى عليها حكم دينوى فى الصلحة والفساد ( فى الماملات ) ولأنه لا يمكن أن نطلب من أحد الماقدين أن يصح نية الماقد الآخر وقصده لأن ذلك تكليف بما لا يطاق وإعما يرجع الأمر فى الصلحة والفساد فى التصرفات إلى الغاية من التصرف وهذه الغاية يمكن أن نستدل عليها بقرائن عديدة تقطع بأن التصرف أو العقد قصد به الوصول إلى غاية يأبأها الشارع - أو على الأقل ترجح ذلك .

وهناك من القرائن ما أجمع الناس على عدم اعتباره أو على عدم سده فلا يمنع على الناس زرع المنب مثلاً بحجة أنه قد يخذ خيراً<sup>(١)</sup> وهنا نجد أن الحكم مرتبط بطرف موضوعية تجعل المصلحة فى عدم سد القريمة ، فلا يعقل تضميم المصلحة العامة المؤكدة من أجل مضرة تقل عنها وهى مظلونة - كما أن من القرائن ما أجمع الناس على سده مثل تحريم سب الأوثان حتى لا تؤدى بمن يميلونها من المشركين إلى سب الله تعالى<sup>(٢)</sup> عدوا بخير علم كما يقول القرآن الكريم - وهنا نجد أيضاً أننا أمام مصلحة لا قيمة لها فى سب الأوثان ولا تفيد شيئاً ذا أثر فى الدعوة لمبادئ الله وحده ، وهذه المصلحة مع قلتها تحمل خطراً يخشاه المسلمون بتمرض المشركين لما أسلفناه وقلنا كان النهى عن سب الأوثان وكانت إباحة زرع ما قد يخذ خيراً دون نظر إلى النية بل إلى ظروف موضوعية خارجية لا شأن لنية التصرف فيها .

وهناك من القرائن عدا هذين النوعين ما اختلف فيه ، والاختلاف هنا فى الظروف الخارجية التى تستنتج منها غاية التصرف وما يؤدى إليه لأن الخلاف لا يكون فى النية ولا يتوصل إليها بذاتها ، وقلنا فإن الإمام مالك لم يبرح يحرم

(١) تهذيب الفروق ج ٢ ص ٢٧٤ - أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ - ١٢١ .

(٢) تهذيب الفروق ج ٢ ص ٧٧٤ .

بيوع الآجال وإن كانت تتخذ ذريعة إلى الربا، غير أنه وضع شروطا لبعض هذه البيوع يتأكد منها بغض النظر عن نية العاقدین - أن غاية العقد غير مشروعة وهي أن تكون البيعة الأولى لأجل وأن يكون المشتري ثانياً هو البائع أولاً والبائع ثانياً هو المشتري أولاً (أو من في منزلتها كوكيل مثلاً) وأن يكون الشيء المشتري ثانياً هو المبيع أولاً وأن يكون الشراء الثاني من صفقة ثمة<sup>(١)</sup> ونرى مما تقدم أن الشروط الموضوعة لإبطال العقد بناء على الباعث عليه عند التصاقد لم يصحدها فيها عن النية وإنما عن شروط موضوعية في العقد نفسه - وتلخيص ذلك المنع « أنه لما كثر القصد إلى الربا من جراء العقد منع قياساً على القرائع<sup>(٢)</sup> » .

#### الوصول في اعتبار القرائع :

والأصل في اعتبار القرائع ليس هو النية ولكن ما تؤول إليه الأفعال والنظر في هذه المسائل لا يكون بحسب قصد المكلف ونيته ، فالنية لا تمد هي الأمر الجوهرى الذى يبنى عليه الحكم ، ذلك أن النية قد تكون نية حسنة لا غبار عليها من الشرع ولكن النتيجة التى ترتب على الأحوال التى تؤول إليها النية تكون بحيث يأبأها الشارع ولذلك كانت العبوة بنتيجة العمل وليس بالنية ، وقد قسم الشاطي القرائع إلى أقسام - فمنها ما يكون أداؤه إلى الفسدة قطعياً - ومنها ما يكون أداؤه إلى الفسدة نادراً - ومنها ما يكون أداؤه إلى الفسدة كثيراً بحيث يغلب على الظن الرجوع وأخيراً فمنها ما يكون أداؤه إلى الفسدة كثيراً ولكن كثرته لا تبلغ ظن الفسدة فيه ومثال ذلك البيوع الربوية<sup>(٣)</sup> .

(١) الفروق ص ٧٦٦ ، ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٢) المرجع السابق - وأصل العمل قد يكون مشروعا ولكنه يصير جاريا بحرى البعده من باب قرائع - الاختصاص للشاطي ص ٩٧ طبعه المنار .

(٣) الشاطي الموافقات ج ٢ ص ٢٤٧ .

فالتسكرة في سد القرائع عند من يأخذون بسدها هي النظر في مآلات الأفعال وليس النظر في الدية - فالغاية التي يؤدي إليها التصرف فعلا - وليست الدية - هي محل الاعتبار .

والشارع قد شرع الأحكام وله فيها مقاصد سواء كان الحكم أمرا أو نهيا وإذا نظرنا إلى ما أمر به الشارع وجدنا أنه قد يتوقف على فعل شيء آخر يكون طريقا له ومؤديا إليه ومن هنا صح أن هناك وسائل ومقاصد ونشأت القاعدة الشرعية أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وأما النهي فقد يكون الشارع نهى عن شيء بذاته فصار ممنوعا وحراما بمقتضى النهي الذي ورد بشأنه فهل يقتصر الأمر على هذه المنهيات - أم أن تحريمها يقتضي سد القرائع التي توصل إليها - ذلك أن هناك الأمر المنهى عنه وإلى جانبه ما يدفع إليه أو يوصل له . وهنا يكون سد القرائع واجبا .

والفرعية في اللغة ما كان وسيلة إلى شيء آخر من قول أو فعل - والأصل أن الفرعية نفسها تكون مباحة<sup>(١)</sup> غير أنها تؤدي إلى محرم ولذلك فإنها تأخذ حكمه بحسب نوعها . فهناك ذريعة مباحة في الأصل ولم يقصد بها المكلف غير ما وضعت له مثال ذلك ما أبيح من القضاء بحسب شهادة الشهود وقد يكتب الشاهد، أو ما يباح من نظر الرجل إلى من سيتزوجها وقد يؤدي كذب الشاهد أو رؤية المرأة إلى مفسدة - إلا أن الصلحة أرجح من المفسدة ولذلك تبني الأحكام على الثالب ولا يمتد باحتمال وقوع الضرر أمام مصلحة راجعة في الذريعة .

وهناك ذريعة تفضي إلى مفسدة غالبية وراجعة حتى وإن لم يكن المكلف قد قصد وقوع هذه المفسدة أو استعمال الذريعة في غير ما وضعت له ومثال ذلك سب آلهة المشركين فقد لا يقصد المسلم أن يرد عليه للمشركون بسب - مقابلة

(١) ومثال ذلك العقد باعتباره وسيلة إلى هدف غير معصوم .

منهم لما تقوه به من سب آلهتهم غير أن الغالب أن يحصل ذلك ولهذا فإن هذه القرينة تمد .

والنوع الثالث أن يقصد للسكف من القرينة للباحة في الأصل الوصول إلى غاية غير مشروعة فإذا تحايل الماقدان على أن يضمن المقدربا مستورا في صورة بيع كان ذلك التقد خريمة إلى محرم ، وكذلك إذا تزوج شخص وهو لا يقصد استدامة الزواج بل يقصد تحليل للطلقة ثلاثاً تزوجها فإن الزواج يعتبر خريمة لمحرم ويأخذ حكمه .

على أن سد القرائع ليس مسلماً به في للذهاب كلها — فإلا رض الله عنه لا يرى الصريح للفساد إلا إذا ظهر التقصد إلى النوع<sup>(١)</sup> — والشافعي لا يجعل الصريح إلا إذا كان هناك دليل على التقصد والإمام الشافعي يبطل حكم الأزكان وما في منها من القرائع في البيوع وغيرها<sup>(٢)</sup> ولا يسد القرائع كما سدرى في التطبيقات في المقود — وأشد الناس أخذاً بالقرائن وسددا هو المذهب الحنبلي ، وقد دافع ابن القيم عن سد القرائع في المقود بمعارات قوية وصريحة وستوردها فيما بعد عند بحث للذهاب — أما الظاهرية فلا يقولون بسد القرائع .

#### شرعية الغاية مع المداوغة عند الفقهاء :

بعد أن ذكرنا أن هناك أصولاً يجب مراعاتها عند تناول شرعية الغاية من للمداوغة نتناول رأى مذاهب الفقه الإسلامي في اشتراط الغاية للشروعة من للمداوغة وقد تبين لنا مما تقدم أسرار :

(١) للوفقات الحاشي — ج ٤ ص ١٩٩ .

(٢) الأم — الإمام الشافعي ج ٤ ص ٤٧ .

أولها : أنه لا جدال في أن الأحكام في العقود تنبئ على الظاهر .

ثانيهما : أن مبدأ سد القرائح — وهو فيما نرى — يضع فاصلاً بين ما يجوز إبطاله وما لا يجوز من العقود . إذ أن هذا المبدأ يستبر مقاصد الشارع وليس مقاصد للكلف وهو وجه هام في الضيقة بين نظرة القانون ونظرة الفقه — فإن القرينة قد تحرم إذا كانت الناية التي توصل إليها قطعاً محرمة أو لأنها مفسدة راجعة . حتى ولو لم يكن المكلف قد قصد أن يصل إلى غرض غير مشروع وهنا تكون العبرة بالناية من الماوضة نفسها . كما رأينا ، وليست العبرة كلها بقصد الماقد فقط ، وأن الناية من الماوضة قد تظهر من الظروف أو زمن العقد ومكانه وأشخاصه فإذا كانت هذه الناية غير مشروعة بطل العقد .

وعلى وجه التحديد فإنه ينحصر الأمر في القانون على قصد الماقد ويواضعه وينتبه فإن مبدأ سد القرائح يحل الناية من الماوضة أو التصرف . هي محل النظر <sup>(١)</sup> .

### البراءة في المذهب الحنفي :

يعتد المذهب الحنفي بقصد الماقد من العقد إذا كان ذلك القصد ظاهراً في العقد ، فلا يجوز الاستتجار على التفتاء والدوخ وسائر الملاهي لأنه استتجار على المعصية <sup>(٢)</sup> . كما يكره بيع السلاح في الفتنة ومبتاه ممن يعرف أنه من أهل

(١) وبيننا البياض والبيات أمر حتمي بحث نعيد الناية نفسها أمراً موضوعياً فالناية حينما تصد يكون الخارج فيها حكم بالتحريم أو الإباحة بحسب الأحكام العامة في المصريح فإذا أدى العقد إلى غاية محرمة بحكم الخارج كالإبطال العقد وإذا كان العقد يؤدي إلى هذه الناية المحرمة غالباً يطل المقدسداً للقرائح — وفي حالة البطلان هنا نجد أن البائع أو النية ليست وحدها متاعاً لحكم بل الناية ذاتها وإدراكها يأتي من التصرف أو من الظروف المحيطة به .



الفتنة<sup>(١)</sup> لأنه تسبب إلى المصيبة وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة فلا بأس لأنه يحتمل ألا يستعمله في الفتنة ولا يكره لشك ، ولا بأس ببيع المعير عن يلم أنه يضلخه خراً لأن المصيبة لا تقام بعينه بل بمد تضييره بخلاف بيع السلاح لأن المصيبة تقوم بعينه ، ومن أجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو يباع فيه امر فلا بأس به وذلك عند أبي حنيفة ، وقال صاحبان لا يلبي أن يكرهه شيء من ذلك لأنه إغانة على مصيبة وله أن الاجارة تقع على منفعة البيت والمصيبة بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطع نسبتته عنه<sup>(٢)</sup> . ومن حل لدى خيراً فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة ، وقال صاحبان يكره له ذلك لأنه إغانة على مصيبة وحجة أبي حنيفة أن المصيبة في الشرب وهو مختار فيه وليس الشرب من ضرورات الحل ولا يقصد به<sup>(٣)</sup> .

وبلاحظ أن بعض الأئمة يحتلط فيها الحل بالباطل أو القصد . كبيع الاستتجار على النوح أو الملاحى ، وعن قصد بحث البواصت فحسب ، وقلبت سوف تعتمد على ما يفيد حكم قصد العاقد من العقد وليس كون الالتزام في ذاته بسبب محله مثلاً غير مشروع .

فقد جاء في البدائع أن الذي إذا استأجر داراً من مسلم وأراد أن يضللها مصلً فله ذلك ، ولرب المار وعامة المسلمين أن يعموه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من استخفاف بالمسلمين ولأنه لا يجوز إحداث كنيسة في دار الإسلام<sup>(٤)</sup>

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٣٣ — ومما نظر إلى ظروف القاعد فيه .

(٢) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ .

(٣) المرجع السابق ج ٦ ص ٢٩١ وقال الطائي في حاشيته قول الإمام قياس وقول صاحبان استحسان ، وبلاحظ أن الإمام يتدبيرا يظهر من القصد غيب ولكن صاحبان ينبهان إلى غير ذلك والمذهب الحق به في الواقع نزعتان عند النظر في البواصت لا نزعة واحدة .

(٤) البدائع ج ٤ ص ١٢٦ .

ومعنى ما قلنا أن العقد صحيح وقد صرح النص بصحته وإنما منع تنفيذه  
 شيء آخر إذا تحققت النية من العقد وكانت غير مشروعة ، ويلاحظ أن المثال  
 لم يتعرض لقصد الماقد الآخر وهو المؤجر وأشار لقصد المستأجر الذي يريد  
 جعل المأجر كغيسة ولم يؤثر هذا القصد في العقد وإنما يمنع تنفيذه على أساس  
 آخر مع تحرير محنته .

ويقول الطحاوى في مختصره « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه  
 وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذ خمرًا دون من يخاف ذلك  
 عليه لأن العصير حلال ، وليس عليه الكشف عن نية المشتري <sup>(١)</sup> .

على أن النية من العقد قد تكون واضحة بينة كما إذا اشترى شيئاً يقصد  
 للتبلى عادة كآلات الهو أو اشترى شيئاً وشرط فيه شرطاً يدل بوضوح على  
 النية من المعاوضة كما إذا اشترى ديكاً على أنه مقاتل أو طيراً على أنه يأنى من  
 مكان بعيد <sup>(٢)</sup> . فهذا البيع فاسد عند الإمام أبى حنيفة وفى إحدى الروايتين  
 عن محمد بن الحسن ، وهنا تكون النية واضحة بينة من المعاوضة ولا حاجة  
 إلى التمسق بقصد المشتري ونيته وعدة نذ يبطل الحنفية هذه المعاوضة ، وكذلك  
 فى شراء القرد وإن كان يمكن أن ينضم به فى غير الهو إلا أنه يقصد للهو عادة  
 فكان فاسداً وهى الرواية الصحيحة عن الإمام أبى حنيفة <sup>(٣)</sup> .

وبذلك فإن المذهب الحنفى كأصل لا يستند بالبواحد والنية عند التماقد

(١) مختصر الطحاوى ص ٢٨٠ — وهنا صريح فى أن معرفة نية الماقد متفردة .

(٢) للبدائع ج ٥ ص ١٦٦ — ويجوز البيع إذا لم يشترط ذلك فى العقد عند أبى حنيفة  
 وعند الصحاح لا يجوز .

(٣) البدائع ج ٥ ص ١٤٣ — للبسوط ج ١٦ ص ٣٩ .

حتى كان الباعث أو النية غير ظاهرين<sup>(١)</sup>. أما إذا ظهر أحدهما فإن العقد يفسد والقصد هنا راجع إلى ظهور النية غير المشروعة حتى ينقض النظر عن البحث في قصد العاقد ونيته إذ فساد العقد في حالة آلات القهوه وشراء القرد مرجعه إلى أن هذه الأشياء تتخذ عادة للتلهي، فاللعيار هنا موضوعي ناشئ من ظروف العقد التي لا تدع مجالاً للشك في أن العاقد يقصد الوصول إلى غرض غير مشروع فيرد عليه قعده — أو على الأقل تكون النية غير المشروعة راجعة لحدوث من العقد ويظهر لنا ذلك أوضح ما يكون في إيجار الدار إذا أراد القدي اتخاذها مصلى فإن العقد صحيح غير أنه إذا استغل العقد في الاستخفاف بالسليين كان منع تنفيذ العقد على هذا الوجه الذي تستغل فيه الدار فنية السبأجر لاتهم إذا كان يقصد اتخاذ الدار مصلى لنفسه، ولكن إذا تجاوز الأمر إلى إنشائها داراً لعبادة أخرى في دار الإسلام وجب منع تنفيذ العقد<sup>(٢)</sup>.

#### رأى الشافعية :

والإمام الشافعي يصرح بأنه لا يمتد بالنية في تهريب صحة العقد من فساد ويقول في كتاب الأم « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لها النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تهمة العقد وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بانه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظناً لأنه قد لا يقتل

(١) وقد أجاز المذهب الحنفي استتجار المرأة للزينة ولو أنقض ذلك إلى الخثرة بالخصوم لأن التهي لهن في غير العقد الميسر ج ١٦ ص ٥٢ — وكذلك استتجار كاتب لكتابية فناء جائز عند الإمام خلافاً للصاحبين — خشية الشك ج ٥ ص ١٢٥ وبحوز استتجار المسلم لجل الميتة ولهم — الفتاوى النجاشية ص ١٥٨ .

(٢) وفي هذا المل يتقاه المذهب الحنفي مع المالكية في منع تنفيذ العقد حتى يبد اعتقاده صحيحاً .

به وكما أكره للرجل أن يبيع اللعب ممن يراه أنه يبعثه خيراً ولا أفسد عليه .  
البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خيراً أبداً وفي صاحب  
السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقلاً صحيحاً وهو  
ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح إنما أفسده بالمقد .  
الفاقد <sup>(١)</sup> .

والواقع أننا نجد أمامنا بعض الأحاديث التي تشير إلى النية من العقد .  
دون تكليف بالبحث عن النية وذلك أن العاقد لا يمكن أن يكلف شرعاً بغيره .  
نية العاقد الآخر ، وأقصى ما يكلف به أن يطالب هو بخلاص نيته من النية غير  
المشروعة فمن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضى الله عنهما قال قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم : « من حبس اللعب أيام القطاف حتى يبيعه ممن يتخذ  
خيراً فقد جهم النار على بصيرة » رواه الطبراني في الأوسط بإسناد حسن <sup>(٢)</sup> .  
وعن عمران بن حصين قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح  
في الفتنة .

والحديث الأول جعل قصد البائع اللعب إذا حبس يبيعه للناس عبثاً حتى  
يحد سوقه في الحرم والجزء هو الوعيد بمذاب الله في الآخرة .

والحديث الثاني فيه عبارة انتهى وليس فيه إشارة إلى قصد البائع أو  
المشتري . فالمقد عند الشافعي رحمه الله متى تم صحيحاً في الظاهر فإنه يكون  
صحيحاً في الحكم عليه ولا يبعث عن نية العاقد المستورة وإن كانت إذا  
ظهرت أفسدت العقد ويكره لها هذه النية فلا يصح الأمر السكراة إلى

(١) الأم - ج ٣ ص ٦٥ - الطبعة الأولى - وهذا يضيق مع المذهب في عدم سد الفراغ

(٢) باوخ المرام من أحوال الأحكام للمستقلاني ط سنة ١٩٥٤ كتاب البيوع .

تحريم القصد لأن النية لا تثير موجب السبب والقصد لا يقدح في اقتضاء السبب  
لحكمه لأنه خارج عما يتم به القصد ، ولأن المدار على العبارة الظاهرة وهي سليمة  
أما النيات والمقاصد فتترك أمرها إلى الله <sup>(١)</sup> .

على أن ما يحتف من القاعدة التي أخذ بها الإمام الشافعي أنه يضيق مع  
الحنفية في إفساد بيع الشيء إذا كان لا يحل الانتفاع به شرعاً فإذا كان المحل  
ذاته غير منتفع به شرعاً فلا يحل بيعه وشراؤه ومن ذلك مثلاً آلات اللهو قد  
أسقط الشارع منفعتها فإذا كانت هي مالا مقبوماً عند بعض الحنفية، فإن استعمالها  
لا يكون إلا لترض غير مشروع ولذلك لا يجوز بيعها <sup>(٢)</sup> . كما أن جواز  
استئجار الكلب للصيد والحراسة فيه وجهان المانع والجواز <sup>(٣)</sup> ، كما أن هدية  
الوالد لولده تملك إلا مع التسوية بين الأولاد <sup>(٤)</sup> ولا يجوز رهن العبد المسلم عند  
الكافر أو الأمة البالغة التي تستهي إلا أن توضع عند عدل <sup>(٥)</sup> .

#### رأى المالكية :

ورأى المالكية في الواقع يختلف في مبناء عن رأى الشافعية وعن رأى  
الحنابلة فالذهب المالكي تتميز نظراته بالواقعية في مسألة المقاصد والنيات ، وقد  
ذكرنا أن أول ما يهمهم هو النية إذا ظهرت — ففي الفقه الحنفى إذا ظهرت النية  
غير المشروعة من ظروف القصد كان غير جائز ، والمالكية توسطوا بين رأى

(١) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحنيف ص ٢٠٣ ومحمد سلام مذكور في الفقه

الإسلامي ص ٢٩٦ .

(٢) الوجيز في فقه الشافعي للترالي ج ١ ص ١٤٤ .

(٣) المرجع السابق ص ٧٤٠ .

(٤) مختصر المتن ج ٣ ص ١٧٢ — حتى لا يؤذى عند عدم التسوية لدى الإجماع يعضم

(٥) الأم ج ٣ ص ١٣٢ — وهذا اعتبار لما ينتج عن القصد قطاً أو بحسب الغالب

ولا يجوز رهن المصنف عند كافر وإذا وقع لا يفسخ ولكن يوضع عند عدل — المرجع السابق .

الحالفة وبين رأى الشافعية فلم يقولوا ببطلان العقود التي يقصد منها عاقدها غاية غير مشروعة، وراوا أن يحملوها صحيحة ولكنهم لا يجوزون أن تبقى آثارها بل يجبر المشتري مثلاً على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه حتى لا يتخذ وسيلة إلى معصية. قال في منحة الجليل ويمنع بيع آلة الحرب للعربيين من سلاح وكرام وسروج ونحوها ويجبرون على بيعه إن وقع ويمنع بيع البار لمن يريد أن يخذلها كنيسة والخشب لمن يريد أن يتخذ منه صلياً والعنب لمن يصصره خمرًا كما يمنع بيع جارية لأهل الفساد والذين لا غيرة لهم<sup>(١)</sup>، وقد جاء في المقدمات ما يكشف هذه النظرة للملكية فيما يصح ملكه أنه ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : لا يصح بيعه إما لأنه على صفة لا يجوز عليها كالعبد الآبق وإما لأن الشرع حرم بيعه كالأوقاف ولحوم الضحايا والكلب غير المأذون في اتخاذه عند بعض أصحابنا .

والثاني : يصح بيعه ما لم يقع على وجه يمنع الشرع منه<sup>(٢)</sup> . فالبدرة هنا هي في الوجه الذي يقع عليه البيع ويشمل ذلك قصد الوصول إلى غاية غير مشروعة من أحد العاقلين أو كليهما ، ومراعاة الغاية غير المشروعة وسد الطريق إليها وإزالة آثارها الفعلية هو المتبر عند المالكية ، فإذا اشترى مسلم من ذبي خمرًا فإن مالكا يتلقاها على المسلم ولا يتركها بردا إلى الذبي ولا يعطى الأخير ثمنها حتى لا يعود أن يبيع خمرًا إلى المسلمين<sup>(٣)</sup> .

(١) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الحنيف ص ٢٠٤ الحاشي رقم ١ — ونعم الهدية للمقاضي لأنها رخصة — منحة الجليل ج ٣ ص ٤٩ — ولا يجوز رهن خمر عند مسلم ص ٦٠ إذ أن إيساها حرم .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٣ ص ٢٠٢ مطبوع على الدولة .

(٣) الدولة ج ٣ ص ٢٧٩ .

ومن الإجراءات المحظورة الاستئجار على ما لا يحل للأجير فيه<sup>(١)</sup> كحمل الحجر وبناء الدار لعنم ونحوه وكإجارة السلم نفسه قدي هي إجارة مكروهة .

والنظرة السلبية للذهب المالكى والتي اتصفت منع تنفيذ العقد فى بعض الأحيان إذا كان يؤدي إلى غاية غير مشروعة لم تستند إلى النية والكشف عنها عند العقدين ، بل استندت إلى الناية نفسها ونحوها أو إمكان تحققها فقد جاء فى الخطاب أن من يشتري آلة هو يفسخ البيع ويؤدب البائع والمشتري<sup>(٢)</sup> وكذلك فإن بيع العنب لمن يصصره خمرأ وبيع الحرير لمن يلبسه من الرجال ثياباً غير جائز<sup>(٣)</sup> .

وإذا نظرنا إلى المذهب المالكى وجدنا أنه يعتقد بالنية إذا كانت الظروف تكشف عن الناية بوضوح<sup>(٤)</sup> فإن شراء الرجل ثياباً من الحرير من الراجح أنها لا تستخدم إلا فى التزوي بها وكذلك فإن شراء آلة الهوى لا يستخدم إلا فى التلذذ بها غالباً ، ويسعى فى المذهب المالكى القضاء بطلان العقد الذى يهدف إلى الناية غير المشروعة أو فسده إذا تم توقيها لاستمرار أثره .

#### المنابذة والمقاصد فى العقود :

لعل أشهر الآراء أخذاً بالباحث على العقد والتصد فيه هو للمذهب الحنبليل فهو والمذهب الشافى على طرق الخلاف فى مسألة الاعتداد بالتصد فى العقد إذا لم يكن ظاهراً فى صلب العقد أو الصيغة التى تشته .

(١) القدمات لابن رشد ص ٣٦٣ .

(٢) الخطاب ج ٤ ص ٢٦٣ .

(٣) للرجع السابق ص ٢٦٧ .

(٤) ومع ذلك منع قلعة ما كثر قصده مثل بيع ظاهرها الجواز ويوصل بها إلى الريا كيوع الآجال والنية مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ كذلك تمنع حدية الدين إلى القرض إذا علم غرضه وراعى حكم العادة حتى لا يؤدي إلى الريا — منع الجليل ج ٣ ص ٤٨

والفقيه الحنبلي ابن القيم يذكر في أعلام الموقعين نصوصاً صريحة في الأخذ بالمقاصد والنيات في العقود — فيقول إن قواعد الشرع وأدلته تظاهرت على أن المقصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في المقد في صحته وفساده وفي حله وحرمة، بل وأبلغ من ذلك أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بقصد تحرراً وتحليلاً ويصير حلالاً تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفساداً تارة أخرى باختلافها<sup>(١)</sup> — ويضرب على ذلك أمثلة يبيع العنب بنية أن يكون خراً وهو غير جائز<sup>(٢)</sup> وبنية أن يكون خلا فهو جائز وكذلك السلاح — الذي يبيعه للشخص لرجل يعلم أنه يقتل به مسلماً غير جائز ويصرح بأن من ينوي الحصول على الربا لم تنصمه من ذلك صورة العقد ومن نوى بقصد النكاح التحليل لم تنفذه صورة النكاح .

ويقول ابن القيم إن النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لما يصح بصحتها وفسادها ويستند في ذلك إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى »<sup>(٣)</sup> .

وذكر ابن القيم الاعتراض الذي قد يوجه إلى ما يذهب إليه من أن الأحكام تجري على الظاهر مثل إسلام المتأقين وحديث عويمر في لمان أسراته وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم فيه وحديث زكاة عندما طلق أسراته البتة وسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن قصده وجعلها طلقة واحدة ، ثم يذكر أن اللفظ بالنسبة إلى مقصد للكلف إما أن يطابقه وإما ألا يكون مريداً لقتضاه ومريداً لمعنى

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٦ — ٩٧ .

(٢) ولا يشترط علم البائع بقصد المشتري غير المعروف — المنى ج ٤ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(٣) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٣ وهذا الحديث من القليل الذي عد في حكم التواتر وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق — غير أنه لا يهيد في نظرنا حكماً دينياً في صحة العقد أو بطلانه — فلا يحل التكليف يجري النية عند المأقدين وترتيب حكم العقد بناء عليها وإعنا للمقصود بالحديث ثواب العمل في الآخرة أو إثم فعله ديانة بحسب نية المأقد التي لا يسلها إلا الله .





يقضى التحريم — ولا يقال ان البيع تم بأركانه وشروطه ، فيبطل البيع إذا علم  
البائع قصد للشترى ذلك اما بقوله أو بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فإذا لم  
توجد هذه القرائن فإن البيع جائز — ومثل ذلك بيع السلاح في الفتنة — فالمبرة  
بالظروف التي تحيط بالبيع ولا يسأل الشخص إلا عن قصده هو ونيته . ومقتضى  
ذلك أن القصد يؤثر في القدر وإن لم يكن ظاهراً في المقدر نفسه ويستند للذهب  
الحنبلى في ذلك إلى أن القصد معتبرة في العبادات وفي المعاملات وأنه يجب  
أن تسد الدريعة إلى الحرم ، ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع  
المصير لمن يصفه خراً ، وسلاحاً في فتنة وأقلحاً لمن يشرب الخمر فيها — أما علم  
المأخذ الآخر بذلك فالرجع فيه إلى القرائن ولا يشترط القطع بذلك جاء في القروع:  
ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كمصير لمن يصفه خراً قطعاً قل الجماعة إذا علم  
وقيل أو ظناً واختاره شيخنا<sup>(١)</sup> — ومعنى ذلك أنه لا يشترط التيقن من قصد  
المأخذ الآخر ويكفي الظن في بيع النبيذ : إنما هو على قدر الرجل<sup>(٢)</sup> .

#### الظاهرية والمقصود :

والظاهرية يستدلون إلى قوله تعالى « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »  
في منع بيع العنب لمن يصفه خراً وفي منع بيع السلاح في الفتنة أو عندما يظن  
بشتره أن يمدو به على المسلمين ، وكذلك لم يجوزوا بيع الحرير لمن يلبسه من  
المسلمين من الرجال لأن هذه البيوع كلها تظاهر على مقاصد الشارع وفسخا  
تعاون على البر .

(١) القروع ج ٢ ص ١٧١ .

(٢) للرجع السابق ونزعة المنهج الحنبلى واضحة في الأخذ بالنيات وإمكان الرسول إليها  
من القرائن المحيطة بالمقد وهو على طرق تيقن مع المنهج المالكي .

على أنه إذا لم يثق البائع بشيء من ذلك أى لم يتأكد من قصد المشتري السلاح أو قصد من يشتري العصور فلا بأس من بيعه إليه ذلك أن البيع في هذه الحالة ليس فيه إغانة على الإنم ويكون للمشتري بعد ذلك آتياً إن هو عصى الله فيما اشتراه وقد جاء في الحلى « فإن لم يوثق بشيء من ذلك فالبيع صحيح » ومعنى ذلك أنه لقساد البيع وتأثير القصد فيه يجب أن يكون البائع متيقناً من قصد المشتري وإذا كان متيقناً من قصده وبيعاً إليه فإنه يكون إغانة له على المصيبة تصل إلى حد المساهمة في ارتكابها عن طريق بيع السلاح في القتل دون حق - وتقديم الحمر أو ما تصنع منه في شرب الحمر<sup>(١)</sup> - وقد أرجع ابن حزم التيقن إلى العقائد فنهى ولم يتركه للظروف كما ذكرنا في المذاهب التي تمنع بيع القرد وآلات الله لأنها تتخذ عادة لتلهي بفض النظر عن قصد العقائد الحقيقي فتقوم المظلة مقام التيقن .

#### مقارنة بين المذاهب :

والناظر إلى القصد وأثره في العقود يجد هناك خلافاً في المذاهب الإسلامية من ناحية ما يترتب على القصد غير المشروع ويمكن تلخيص القواعد الآتية :

١ — أن القصد في ذاته لا يمكن أن يؤخذ عليه المكلف قضاء - وأنه لم يصرح بأن القصد يصح العقد ويضده إلا الإمام ابن القيم في أعلام الموقعين وهذا الرأي هو طرف في الأخذ بالقصد مقابل الطرف الآخر في إطارها وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله .

٢ — أن القصد عند الإمام الشافعي لا يؤثر في العقد ويكره القصد غير غير المشروع والتي لو ظهر أفسد العقد ، إلا أن العقد يكون صحيحاً كما صرح بذلك في الأم دون اعتبار بالقرائع إذ المذهب الشافعي لا يراعى سد القرائع .

(١) يراعى الحلى لابن حزم ج ٩ ص ٢٩ — ٣٠ .

٣ — أن المذهبين الحنفى والمالكي يتوسطان بين الطرفين السابقين . فإذا كان القصد غير المشروع يظهر من قرائن تفيد مثل العقود عليه والنائب في اسمها إذا كان غير مشروع كان العقد فاسداً ، وكذلك إذا كان حال المأقدين أو أحدهما بحيث يدل على أن القصد من العقد تحقيق غاية ياباها الشارع فإنه يفسد . والمذهب المالكي يأخذ بفسد القرائن إلى الفساد بل انه يزيل آثار العقد عند التنفيذ إذا تبين أنه وسيلة إلى المحذور .

القسم الثاني  
رَاطِبِى السَّبَبِ عَلَى الْعُقُودِ



## الباب الأول

### تطبيق السبب في العقود اللازمة

تمهيد وتقسيم :

ذكرنا في القسم الأول — وفي الباب الثاني منه — ما انتهىنا إليه من أن السبب في العقود اللازمة ( للزمة للجائين في القانون ) هو الماوضة المتبرة شرعاً ، وبسطنا في الفصل الثالث خصائص الماوضة وميزاتها في العقود اللازمة . كما ذكرنا أن السبب في العقود غير اللازمة هو الناية للشريعة من التصرف أو العقد ، وترضنا للمذهب الإسلامية في صدد البواعث وأثرها على العقود باعتبار أن شرعية الناية من العقد أو التصرف هي شرط لازم سواء في العقود اللازمة أو العقود غير اللازمة .

وقد ذكرنا في منهج البحث من قبل<sup>(١)</sup> أننا إذا تبيّن السبب ، وهو في العقود اللازمة — كما انتهىنا إليه — الماوضة المتبرة شرعاً<sup>(٢)</sup> . ثم نظرنا إلى العقود التي تختل فيها الماوضة التي يستد بها الشارع . لتبين لنا أن تختل السبب بمناه الذي بطلناه هو سبب بطلان العقد . فالعقد اللازم إذا لم تكن الماوضة فيه على الصورة التي يستد بها الشارع — بطل العقد لانعدام سببه — إذ الماوضة المتبرة شرعاً في العقد اللازم هي سبب الالتزام كل من الماوقين بما أوجبه العقد عليه من التزامات ، وتعام هذه الماوضة يحصل الاجابة على سؤالنا — لم التزم الدين في العقد اللازم .

(١) راجع ص ١١٢ .

(٢) ويفتر أن تؤدي إلى التوازن في حقوق الماوقين والتزاماتها وان تكون الناية منها معروفة .

وإذا نظرنا إلى الأسباب التي تصد المعاوضة لامكنتنا ردها إلى ثلاثة أسباب أصاية . فاما أن تختل المعاوضة بسبب طبيعة العقد كما في العقود الربوية وعقود الفرر . فالربا بحسب تعريفه<sup>(١)</sup> يحمل من العقد الربوي سبباً لاختلال المعاوضة يقيناً والفرر يحمل اختلال المعاوضة محتملاً في جانب أحد طرفي العقد بسبب طبيعة الفرر أو الاحتمال الموجود بالعقد ، وقد تختل المعاوضة بسبب الشرط ، كما تختل بسبب ظروف انعقاد العقد كما في بعض العقود التي نهى عنها الشارع لعل اختلال المعاوضة فيها وقد اخترنا في التطبيق أن قسم العقود إلى قسمين : العقود اللازمة والعقود غير اللازمة — والأولى تمثل العقود الملزمة للجانبين في القانون وهي التي يراعى فيها معنى التقابل والتعادل بين الالتزامات ، أما العقود غير اللازمة فلا يراعى فيها المعنى الذي تقدم ولذلك يباح لكل من طرفيها أو لأحدهما أن يستقل بفسخها . وهذا التقسيم يجمع في نظري كل العقود . فضلاً عن أن أساسه الإرادة والتي نلتزم التزاماً نهائياً في العقد اللازم ، والتزاماً مؤقتاً متوقفاً على صاحب الشأن في العقد غير اللازم .

ونبحث في الفصل الأول من هذا الباب اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد ، وفي الفصل الثاني اختلال المعاوضة بسبب الشرط . ونبحث في الفصل الثالث اختلال المعاوضة بسبب ظروف انعقاد العقد ، وفي الفصل الرابع نتناول اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين أو بسبب أجنبي ، وسنرى أن بطلان العقد عند انعقاده ، أو فسخه أو تحمّل تبعه الهلاك بعد الانعقاد يرجع إلى تخلف شرط التوازن في مضمون العقد في المعاوضة . ويستهدف إعادة هذا التوازن في حالتي الفسخ وتحمل التبعة .

---

(١) فالربا هو فضل مال خال عن العوض شرط لأحد المتعاقدين في مبادلة مال بماله — فاضداد المقابل قريبا في العقد الربوي — يحمل اختلال المعاوضة مؤكداً بحسب طبيعة العقد .



## الفصل الأول

### اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد

أشرنا من قبل إلى أسباب اختلال المعاوضة التي يعتد بها الشارع ، والتي تقوم بدور سبب الالتزام في العقود اللازمة ، ومن بين هذه الأسباب ما يرجع إلى طبيعة العقد ، فالربا مثلا هو فضل مال بغير عوض في مبادلة مال بمال ، ومتى دخل الربا عقداً من العقود جعل المعاوضة التي يتضمنها العقد غرضه لصالح من يتقرر له الربا ، والاختلال بالمعاوضة هنا متيقن لأن الربا بذاته يمثل بها ، وفي عقود الغرر فإن المعاوضة تختل أيضاً بسبب طبيعة العقد لأنه يحمل في ذاته خطر فوات أحد العوضين وغاية الفرق أن الربا يمثل بالمعاوضة يقيناً ، أما الغرر فهو يمثل بالمعاوضة يقيناً في جانب أحد الطرفين دون تحديد ، ويكون ذلك الاختلال بالنسبة لكل منهما إحتالياً<sup>(١)</sup> ، ومع ذلك يستوى الربا والغرر في الاختلال بالمعاوضة بسبب طبيعة العقد ، ونبحث الربا أولاً ثم ننتهي بالغرر .

### أولاً : اختلال المعاوضة بسبب الربا

تعريف الربا لغة وشرها :

الربا لغة هو الزيادة ، وقد وردت كلمة ربا بمعنى الزيادة في القرآن الكريم جملة مرات كما في قوله تعالى : (يعق الله الربا ويربى الصدقات)<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى :

---

(١) كما لو اشترى شخص ما ينتج من ضريبة غائم في البحر وتبين أنها تساوى في القيمة ما دفعه من ثمن فهذا يكن الغرر في طبيعة العقد وأن لم يؤد إلى اختلال المعاوضة فعلا .  
(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

(وذروا ما بقى من الربا) <sup>(١)</sup>، ووردت بمعنى النماء في قوله تعالى : ( فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ) <sup>(٢)</sup> وبمعنى الارتفاع في قوله تعالى : ( فاحصل السيل زبدا رابيا ) ولله في القنوية كلها ترجع إلى الزيادة أو معناها كالثماء والارتفاع .

وفي الشرع الربا هو الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع <sup>(٣)</sup> . فالزيادة التي تحصل في رأس المال لا يحرمها الشارع من حيث ذاتها ، ولكن التحريم ينصب على الزيادة التي تندربا وهذا اللفظ أصبح مصطلعا على الزيادة التي يحرمها الشارع ، وهي الزيادة التي تحدث من رأس المال فقط وبلا سبب من عمل أو نحوه والفارق كبير بينها وبين الزيادة التي تحدث من البيع وضروب التجارة المختلفة ، ولم يكن العرب يميزون بينهما في الجاهلية . فكان تعاملهم يجري بالربا فأوضح لهم القرآن أن الزيادة التي تحدث في رأس المال نتيجة التجارة وغيرها من ضروب النشاط الإنساني زيادة مشروعة بخلاف الزيادة التي تدفع لرأس المال فقط مجردا من كل عمل أو نشاط أوجد إنسانا ، وكان الربا في الجاهلية « أن يكون للرجل على الرجل الدين فإذا حل قال له أنقض أم تربي فإن قضاه أخذه وإلا زاده في الحق وزاده في الأجل » <sup>(٤)</sup> ، وقد اكتفى القرآن الكريم بتحريمه والنهي عن أخذه والوصيد لمن يقتضيه دون تفصيل اعتادا على سبق معرفة العرب له في الجاهلية <sup>(٥)</sup> ، ونرى القرآن الكريم على من يماثلون بين البيع والربا و فرق مراحة بينهما في قوله تعالى : ( وأحل الله البيع وحرم الربا ) والآية تفيد حل البيع وتفيد حرمة الربا

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٨ (٢) سورة الحج .

(٣) للفق ج ٤ ص ١ .

(٤) مقدمات ابن رشد مطبوع مع اللبوة ج ٣ ص ١٨ .

(٥) تفسير ابن جرير ج ٦ ص ٨ ط دار المطبوع .

وتفيد الفارقة بينهما إذ لا يستويان صورة أو حكماً فالبيع يختلف عن الربا في حقيقته ومخالفته في حكمه .

ولتفرق بينهما أن البيع يقدم فيه البائع السلعة إلى المشتري بعد أن يضيف إلى ثمن السلعة ما أنفقه عليها سواء من مال في حفظها أو نقلها أو عرضها أو من جهد في سبيل إعدادها للبيع وتجهيتها للمشتري ، وهذا يدخل الجهد الإنساني بأية صورة من الصور ويكون ما يقابل الزيادة في ثمن السلعة حلالاً للبائع لأنه جزء من الجهد وعمل أو مقابل مال أنفقه . أما في الربا فالزيادة في الدين نظير الأجل وإنظار الدين فهي أجرة على التأجيل فحسب . فهي زيادة تتمدد باعتبار المدة وتكون شرطاً في المعاملة .

### حكم تحريم الربا :

ولا تتحقق المدالة بين طرفي القعد في المعاملة الربوية فهي تتضمن زيادة في رأس المال دون جهد إنساني أو عمل قلته صاحبه أو دون أن يراعى الدائن ما إذا كان الدين قد استفاد بالدين من عديمه ، والبائع من ناحية أخرى في البيع يأخذ الزيادة مرة واحدة ، أما الدائن فهو يأخذ الربا باعتبار المدة وقد يقتضى هذه الزيادة عدة مرات في الدين الواحد دون أن يقابل ذلك نفقة أو عمل من جانبه ويبدو أن فكرة الربا وما فيها من اندام الموازنة بين طرفي القعد في المبادلة المالية ، ومن إخلال بالموازنة كما يراها الشارع الإسلامي هي فكرة عامة تحكم المعاملات المالية ، تحقيقاً للتوازن بين التزامات وحقوق كل طرف إذ تعتبر كل مال لا يقابله عوض في المبادلة من قبيل الربا ، ومن ذلك ما ورد في الحديث الشريف «من شفع لأخيه شفاعاً فهدى له هدية قبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب

الربا<sup>(١)</sup>، فتي كان المقابل لا يمد مالا أو لا يجوز أن يمد كذلك لكونه واجباً من الشارع أو تدب إليه لما فيه من صفة العبادة أو القربات . فلا يجوز لأحد أخذ بدله ، كما أن بعض الفقهاء يصرح بأن كل عقد فاسد هو ربا<sup>(٢)</sup>، والربا يعتبر محرماً بنص القرآن الكريم في النهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، ولو لم يكن محرماً بما ورد فيه من النصوص خاصة لكان فيما يشمله التحريم عامة<sup>(٣)</sup> .

والربا محرم في الأديان الكتابية فقد ورد في سفر الخروج - الإصحاح الثاني والمشرين - « إن اقترضت فضة الفقير الذي عندك فلا تسكن له كلاربي » - وفي الإصحاح الثالث والمشرين - « لا تقترض أخاك ربا فضة أو ربا طعام أو ربا شيء مما يقترض ربا » وقد مرى تحريم الربا إلى المسيحية من اليهودية - وتعالى بعض البعثة في المسيحية في هذا التحريم كما هو شأن مارتن لوتر ( مؤسس المذهب البروتستانتي ) الذي وضع رسالة تناول فيها التجارة والربا وحرم فيها هذا الربا كثيراً من البيوع رأها تعتمد على الخديعة أو الكسب الحرام .

وفي غير الأديان نجد بعض المذاهب الاقتصادية تأخذ بتحريم الربا وإن كان ذلك في نظرنا ليس لنهاية خلقية أو إنسانية ، وإنما لأن هذه المذاهب ترى في أخذ فائدة رأس المال ظلماً يتساوى عندها مع وجود رأس المال نفسه ، فالتفضية عند هذه المذاهب ليست قضية الربا وإنما تنحازها إلى بحث أحقية الشخص في أن يكون له رأس مال يستقله ولو في إنتاج وتجارة لا ربا فيها - كما ترى بعض المذاهب الاقتصادية تنحاز إلى التماثل من قدر فائدة رأس المال باعتبار أن ذلك يساعد

(١) صحيح سنن الصغاني ج ٢ ص ١٠٩ المطبعة النجادية .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ٦٨ .

(٣) ويقول بعض الفقهاء أن تحريم الربا أمر تبدي أي لانه له وما أبدى فيه إنما يصلح

حكمة لصريحه - حاشية الشفاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣٢ .

على نحو للشروعات الاقتصادية - ومن الأمور الظاهرة أن المذاهب التي تعرضت  
لتحريم الربا أو تقليل قدره قد حرمته دون بيان لحدوده أو تعريف جامع مانع له  
يوضح ما يحرم منه دون غيره ، وحتى في الأديان الكتابية السابقة على الإسلام  
كاليهودية والنسحية لم توضع الحدود والقواصل بين ما يمد ربا وما لا يكون  
كذلك - بخلاف التحريم القوي ورد في الشريعة الإسلامية فقد ورد على أسس  
معروفة في معاملات الناس عند التحريم ، واستغرق من جهد الفقهاء في تحديده  
ما لا تعرفه شريعة أخرى أو مذهب من المذاهب .

#### الرد على مناصري الربا :

ولم يعدم الربا من يناصرونه من رجال الاجتماع أو الاقتصاد ، فذهبوا إلى  
أن من يقرض غيره ربا فإنه يعرض ماله للضياع أو لاحتال الضياع فمن العدل  
أن يأخذ الدائن مقابلا لذلك الخطر - كما أنه يؤثر للدين بالقرض بإعطائه المال  
وتسكون الفائدة مقابل الإيثار - كما ذكر بعض الاقتصاديين أن الربا مقابل  
لإتاحة فرصة الانتفاع لمن يقرض - خاصة للاحتياج لأن رأس المال صفة لازمة له  
هي جلب المنفعة - وأن من يمنح للدين قرضا يتنازل عن حقه في إنتاج ماله الحاضر  
توخيا لفائدة في المستقبل والفائدة الحاضرة أكثر قيمة وقمما من الفائدة المستقبلية  
فيكون أخذ الربا عادلا ومقبولا .

وإذا نظرنا إلى تلك المبررات التي سقناها جلة لمن يرون الربا عادلا ومقبولا  
فسرعان ما تنهار عند النظر فيها ، ولا يبق من تبرير ما يصدق عليه وصف الربا  
سوى الاستغلال أيا كانت صورته ، فدعوى الإيثار لا ترد على تكبير الدائن  
أو الدين وكيف يؤثر الدائن الراي مدينه وهو يرهقه بالفائدة ؟ وكذلك  
دعوى تبريض المال للخطر عند إقراضه - لأن هناك وسائل لحماية المال وهي

مباحة وليس فيها إرهاب للمدين بل وفيها عدل وإيثار كالمهرن أو الكفالة - ثم كيف يصعد قدر الخطر على المال وقدر الفائدة ، وإذا جاز أن يصعد قدر الخطر فمن العدل أن يؤخذ الربا عند ضياع المال بحسب .

أما القول بإناحة فرصة الانتفاع للمدين المقرض فلا شأن للدائن في الواقع بانتفاع المدين بالفائدة التي يتلقاها المدين مؤكدة ومحددة سلفاً ، أما انتفاع المدين فهو غير مؤكد ولا يصعد وقد تزيد الفائدة ويقل الانتفاع أو ينعدم ، ولو توقفت الفائدة على انتفاع المدين وعلى حسب قدر الانتفاع لما كانت الفائدة ربا بل ضرباً من المشاركة بالمال جائزاً شرعاً - أما القول بأن رأس المال صفة لازمة حتى جلب المنفعة فذلك يصدق عند توظيف رأس المال في الصناعة أو التجارة أو غيرها من ضروريات النشاط الإنساني ولا يصدق على من يقرض المال ويتنظر مضى الأجل حتى يستوفي منفعة رأس المال دون جهد أو عمل - والقول بأن الفائدة المستقبلية أقل قيمة من الفائدة الحالية لرأس المال يتم بقصر النظر في بعض الأحوال ، وإلا فلماذا يحب الناس أنفسهم في الادخار - وهو فضيلة في الاقتصاد ولماذا يأخذ الناس من حاضرهم مستقبلهم .

وبذلك تنهار تلك المبررات التي تساق للدفاع عما يصدق عليه وصف الربا وفضلا عن ذلك فإن الربا وهو ما يطلق عليه سعر الفائدة في الاقتصاد ، ينبو أحياناً عن العدل والمنطق ويتراوح بين سعر قليل أو باهظ ويختلف من زمان لغيره ومن مكان لآخر بلا ضابط<sup>(١)</sup> - وإذا كان الإقراض من شخص لآخر

(١) أورد الأستاذ عبد الأعلى اللودوي أمير الجماعة الإسلامية باكستان في كتابه عن الربا وكتابه أسس الاقتصاد بين الإسلام والنظم المعاصرة - مجلدات سعر الفائدة في بعض البلاد وبعض الأزمنة بما يستفاد منه ارتفاعها في بعض الأحيان عن الحد للقول والقي يؤكد الاستغلال الفاحش للمدين - والكتابان ترجأ إلى اللجنة الدورية وصدرتا عن دار الفكر العربي بدمشق سنة ١٩٥٥، ١٩٥٨ .

بفائدة فلما أن يكون ذلك للشخص محتاجا للمال لشأن عاجل وهنا يكون الاستغلال وانتهاز الحاجة - وأما أن يكون القرض للاستغلال في مشروع وهنا فإن الدائن لا يهتم بفلاح المشروع أو فشله مادام ربحه هو مؤكدا ولا يربح ولا يربح الاستغلال أو نجاحه أو فائدته للناس ، ولا يخفى ما في ذلك من إثارة وبعد عن التعاون بين الناس - أما إذا اقترضت الحكومة من أهالي البلاد لتحقيق مآثره ضروريا للبلاد فإن من يتمتع عن إقراض حكومة بلده التي تسعى حقا لتحقيق مشروع وطني سليم إلا بفائدة معينة - لا يخلو مسلكه من نقد وهو ومن يرضى بنفسه في سبيل بلده على طرق تقيض - وكذلك قروض الهدل والحكومات لبعضها فإن اشتراط الفائدة فيها وارتفاع - مرها أحيانا يخالف ما يقتضيه التعاون الدولي بين الأمم - وهو بعد دعوى كل الدول والحكومات الفنية بلا برهان .

### أنواع الربا شرعا :

يقول أبو بكر الجصاص ان الربا في الشرع يقع على معان لم يكن الإسم موضوعا لها في اللغة ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم سعى النساء ربا في حديث أسامة بن زيد فقال « إنما الربا في النسيئة » وأن النبي عليه الصلاة والسلام قبض قبل أن يبينه كما ذكر عمر بن الخطاب <sup>(١)</sup> وقد ورد أنه رضى الله عنه تمنى أن يعلم أبواب الربا جميعا ، غير أن فيها ما لا يخفى على أحد كبيع الذهب بالورق والورق بالذهب نسيئة <sup>(٢)</sup> وقد أورد الشافعي تعريفا للربا في الرسالة بما يتناول ربا الجاهلية - وأشابه له كثيرة كإفال الإمام الشافعي <sup>(٣)</sup> ويقول ابن عابدين

(١) أحكام القرآن ج ١ ص ٥٥١ ، ٥٥٢ المطبعة البية .

(٢) للدعوة ج ٣ ص ١١٤ .

(٣) الرسالة ص ٢٣٤ طبعة سنة ١٩٤٨ .

« الربا شرعا فضل مال ولو حكما خال من الموض فيدخل ربا التسيئة والبيع  
القاسدة فكلها من الربا » وهو فضل مال خال من عوض شرط لأحد العاقلين  
في معاوضة مال بمال وعقله القدر والجنس<sup>(١)</sup> والذي يمتينا من تعريف الربا أنه  
على أى صورة يظهر فيه اختلال المعاوضة في العقد الذى يدخله الربا ، فهو يمثل  
صورة من صور المباداة التى يأبأها الشارع الإسلامى إذ يقتضى أحد العاقلين مالا  
لا يقابله عوض ، مع أن من شروط الشارع فى المعاوضة كما ذكرنا أن يتحقق  
التوازن المقدى بين طرفيها كما يظهر أيضا أن السبب فى تحريم الربا هو اختلال  
المعاوضة خسب ، فليس هناك ما يدعو إلى التحريم فى تبادل المال الذى يباح  
التعامل فيه على ذلك النحو العام إلا لاختلال المعاوضة أو المباداة التى  
يدخلها الربا .

والربا المحرم يشمل ربا التسيئة وriba الفضل<sup>(٢)</sup> والنوع الأول كان معروفا  
فى الجاهلية وتعامل به العرب ، فلما نزل القرآن بتحريم الربا كان ما يصدق  
عليه هذا الوصف قائما فضلا — ولا خلاف فيه من أحد والنوع الثانى حرمته  
السنة وينتهى الأمر فيه إلى رفع الخلاف بشأنه كما سنرى .

#### ربا التسيئة :

كان ذلك النوع من الربا معروفا فى الجاهلية ولتلك فهم العرب من آيات  
القرآن أن ذلك الربا الذى كان سائدا قد بطل بنزول القرآن ، وهو القرض  
المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المقرض<sup>(٣)</sup> ، وهو ربا التسيئة وهى التأجيل

(١) مجمع الأنهر - المجلد الثانى ص ١٤ طبعة دار الطباعة المارة ، تبين الحقائق زيلعى ج ٤  
ص ٨٥ المطبعة الأميرية

(٢) المنى ج ٤ ص ٧

(٣) أحكام القرآن ج ١ ص ٢٥٧ ، تفسير الطبرى ج ٦ ص ٨ ط دار المعارف .



وقد نص على تحريمه في القرآن الكريم وهو يجمع على التحريم فيه ، ولا يعلم فيه خلاف في عصر من العصور ، وقد ورد ذكره في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد « إنما الربا في النسيئة » وفي رواية « لا ربا إلا في النسيئة » وقد بينه الرسول صلوات الله عليه في حجة الوداع في قوله « ربا الجاهلية موضوع » . وكان يتخذ في الجاهلية وسيلة للتجارة وإنماء المال فأثر الإسلام إعطاء المال والاشتراك في الربح أو الخسارة وأبطل الربا لأن من للقرارات الشرعية أن التزم بالقرم .

ويشمل التحريم كل الدينون فلا يقال أنه خاص بدين يحتاج للقرض دون دين يقتضيه للاستقلال ، ذلك أن النص في تحريم هذا النوع من الربا عام لا يخص بلاديل ، ولأن الأغنياء في الجاهلية ما كانوا يقرضون محتاجاً بربا حتى يخص ربا الجاهلية بذلك ، وقد كان معروفًا في الجاهلية دفع الشخص ماله لغيره إلى أجل ويتقاضى منه الربا على فترات مع بقاء رأس المال على حاله حتى يطالب به <sup>(١)</sup> . وقد حرم هذا النوع من الربا تدرجاً لا طفرة كالشأن في تحريم الخمر ، فبدأ القرآن الكريم بالموازنة بينه وبين الزكاة في النماء من عند الله وللثبوت . ثم نزلت آية أخرى نهت عن أكل الربا أضافاً مضاعفة ثم قال تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وهو قاطع في التحريم .

وروى أن ابن عباس رضي الله عنه لا يرى الربا في غير النسيئة ذلك أنه روى حديثاً عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا ربا إلا ربا النسيئة » ولا يحرم ربا الفضل في هذا الرأي ، ويقول الجصاص أن الربا الوارد في القرآن هو ربا الجاهلية دون غيره ، وقد كان مع ابن عباس رضي الله عنه في رأيه هذا

جماعة من الصعابة والتأبين منهم أسامة بن زيد وعبد الله بن مسعود وعطاء  
ابن رباح ، ومستند هذا الرأي قد يقوم في أن التعريف في الربا باللام يفيد العهد  
أي للربا الذي كان معهوداً في الجاهلية وأن سياق الآية الكريمة التي حرمت الربا  
يفيد عن نوع واحد من الربا هو ربا النسيئة .

غير أنه قد ثبت أن ابن عمر وابن مسعود رجعا عن الرأي السابق إلى  
ما ذهب إليه الجمهور من تحريم ربا الفضل ، وحق ابن عباس رضي الله عنه روى  
عنه الرجوع عن هذا الرأي وقيل أنه مات رضي الله عنه مصراً عليه . فقد  
اعترض عليه فيه أبو سعيد الخدري فأصر عليه ، وقال جابر رضي الله عنه أنه  
رجع عنه <sup>(١)</sup> .

وقد حاول البعض أن يوفق بين ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه  
وما رآه الجمهور من تحريم ربا الفضل . بالقول بأن حديث أسامة الذي رواه  
ابن عباس صحيح بروايتيه . فرواية لأربا لإلحاق النسيئة ظاهرها يقضى بالقول بأن  
ما عداه ليس محرماً ويعجز أن يكون ذلك الظاهر مصروحاً إلى اللغالب الأعم ،  
ورواية « إنما الربا في النسيئة » يتقدم عليه حديث ربا الفضل لأنه نص في تحريمه  
والأول يدل على غير ذلك من باب دليل الخطاب <sup>(٢)</sup> . على أن حصر الربا  
المحرم في ربا النسيئة يخرج من دائرة الربا القرض الذي يشترط فيه فائدة عند  
القرض ويخرج منه بيع الجنس بنفسه تفاضلاً ، وقد ذهب البعض إلى أن درجة

(١) البسيط للسخي ج ١٢ ص ١١١ — ١١٢ بحكمة المجموع شرح المهذب ج ١٠  
ص ٥٠ . وقد اتفق الرأي بقصر التحريم على ربا النسيئة وذكر الأحاديث التي عن ربا الفضل  
ص ٩٠ وما بعدها ، والربا على شرين ربا الفضل و ربا النسيئة التي ج ١ ص ١ — وأورد أن  
ابن عباس رجع إلى قول الجماعة .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٦٣ .

التحريم في ربا النسبة أشد من درجته في ربا الفضل والذي يد منهياً عنه للكرامة لا التحريم<sup>(١)</sup> لأن الأول هو الذي يظهر فيه العنت بالمدين .

#### القرض وربا النسبة :

والقرض رغم أنه الصورة الثالبة لربا النسبة . فإنه لا يد من العقود الربوية في الفقه الإسلامي لأنه عقد غير لازم . فالأصل في القرض أنه تبرع ، وطبيعته أنه تبرع إهداء ومعاوضة انتهاء . غير أن القرض أياً كان وصفه قد يتخذ وسيلة للربا .

وقد نص الفقهاء على تحريم القرض الذي يمر منفعة إذا لا يجوز أن يؤدي . القرض إلى منفعة المقرض لأنها تكون ربا ، وسواء كانت هذه المنفعة ظاهرة في العقد مشترطة فيه أو كانت مستترة تحت اسم آخر ، وقد منع مالك قبول هدية للمدين إلا أن يكون ذلك معروفاً بين المدين والدائن قبل الدين واستند إلى رد عمر بن الخطاب هدية من دأته ثم قبلها لما تيقن انقطاع الصلة بينها وبين الدين<sup>(٢)</sup> . فلو شرط زيادة قدر أو صفة فسد القرض فلا يجوز شرط الأجل في القرض ويجوز له أن يشترط كفيلاً أو رهناً لأنه إحكام عيه غير أنه لا يجوز أن يشترط القرض بدین آخر<sup>(٣)</sup> .

والقرض عند المالكية مكرمة ويجوز الرجوع فيه في الحال ، ويتفق الخلق في ذلك مع المالكية إذ القرض مندوب إليه ويصير الأقراض لمسلم كالصدقة

---

(١) نمر الأستاذ زك الدين بدوى مقالاً بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٩ ص ٤٢٧-٤٤٠

رد فيه على رأى السيد رشيد رضا بقصر التحريم على ربا النسبة .

(٢) - المدونة الكبرى ج ٣ ص ١٦٤-١٩٥ ، ص ٢٠٠

(٣) الوبيز لقزالي ج ١ ص ١٥٨ .

عليه<sup>(١)</sup> ، وبذلك على أن القرض تبرع وأنه في الأصل لا صلة له بالربا . فالقرض لا يقابله عوض في الحال<sup>(٢)</sup> ، وبذلك لا يكون فيه معنى المعاوضة عند انعقاد العقد غير أن القرض كما ذكرنا قد يستخدم ذريعة للربا — ولذلك لم يميز القرض الذي يمر منفعة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض يمر نفعاً . فالزيادة للشروط تشبه الربا لأنها فضل مال لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهته واجب<sup>(٣)</sup> . طى أن للذهب الحنفى يميز أن يكون القضاء في القرض أفضل من الأداء تقول الأب صلى الله عليه وسلم « خيار الناس أحسنهم قضاء » وذلك إذا لم تكن الزيادة مشروطة في العقد لأن اشتراط الزيادة في القضاء حرام بلا خلاف<sup>(٤)</sup> .

وإذا كان الأصل في القرض أنه تبرع فلا يجوز أن يمر نفعاً لأنه حينئذ يكون ذريعة للربا وتكون النية منه غير مشروعة . فالسبب في عقد القرض ليس هو المعاوضة التي يبتد بها الشارع لأن طبيعة القرض عند الشارع أنه تبرع ولا يشترط أن يكون هناك توازن في الالتزامات والحقوق بين عاقبة إذ يجب أن تصر له هذه الصفة كاملة ، وألا يضخ وسيطة إلى ما حظره الشارع .

### القرض في القانون :

وقد نظم القانون المدني القرض ، ومن أم ما جاء فيه موافقاً لفقه الإسلامى أنه جعل الأصل في القرض أنه تبرع في الماد ٥٤٢ مدنى ، إذا لم يكن هناك

(١) المنى ج ٤ ص ٣٥٣ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٩٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) التناوى الهندية ج ٣ ص ٢٠٢ ، والمنى ج ٤ ص ٣٦٠ إذ القرض لنض أخذه قط

منع الجليل ج ٣ ص ٤٦ .

اتفاق على الفوائد ، وأباح القانون كذلك أن يسد المدين الذي تسفه الظروف الدين بنصف النظر عن الأجل بشروط ميسرة ، وفي ذلك تمكين للمدين من إسقاط الفوائد ( المادة ٥٤٤ مدني ) . غير أن القانون نص على حد أعلى لسعر الفائدة في المادة ٢٢٧ مدني هو ٧ ٪ ، ومنع قاضي الفوائد الركبة أو أن تكون أكثر من رأس المال ، والواقع أن تنظيم الفقه الإسلامي للقرض يمتشى تماماً مع كونه نقيداً غير لازم — وتبرعاً — أما القانون قد جعل القرض عقداً لازماً للجانبين وإن أجاز للمدين بعد ستة أشهر من القرض أن يستقل بفسخه بشروط معينة ( م ٥٤٤ مدني ) قبل الأجل المتفق عليه طبقاً للمادة ٥٤٣ مدني ، وهذه الأحكام تستهدف التقليل من مضار الربا لصالح المدين<sup>(١)</sup>.

#### ربا الفضل :

والنوع الثاني من الربا هو ربا الفضل ، وهو ربا البيوع وهو أصل عظيم من أصول الماملات في الفقه الإسلامي ، وسبب من أهم أسباب الفساد في المعاملات حتى أن بعض الفقهاء يصرح بأن كل عقد فاسد هو ربا ، وربا المتفاضل محرم بالسنة النبوية الصحيحة ، ويتفق مع تحريم أكل أموال الناس بالباطل وهي قاعدة منصوص عليها في القرآن الكريم .

من ذلك ما رواه عبادة بن الصامت « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمالح بالمالح إلا سواء بسواء عيناً بعين فن زاد أو أزداد فقد أربى » وقد جاء في حديث عبادة : فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم

(١) بل إن المصلحة هي التي جوزت عقد القرض في الفقه الإسلامي — إذ خولفت فيه ثلاث قواعد أولها الربا فهو يجوز وإن كان في الروايات والترابطة وهي بيع العلوم بالمجهول من جنسه والثالثة هي قاعدة لا تبع وليس عندك ( الفروق ج ٤ الفرق ٢٠١ ) .

إذا كان يبدأ يد<sup>(١)</sup>. رواه أحمد ومسلم وروى مثله أبو سعيد الخدري كما روى حديث « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا » أى لا تزيدوا منها غائباً بما جاز رواه البخاري ومسلم .

وكذلك حديث شراء التمر بالرطب ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه لما سأل عن نقص الرطب إذا يس ، رواه مالك وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وكذلك حديث فضالة بن عبيد في بيع ذهب القلادة فقهاه النبي صلى الله عليه وسلم — حتى يفضل — رواه مسلم والنسائي وأبو داود والترمذي . كما روى أيضاً نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن شراء التمر الجلبب صاعاً بصاعين من التمر الجمع ، ونصح عليه السلام بالشراء مثلاً بمثل أو بيع أولها ويشتري بشئ من ثانيهما<sup>(٢)</sup> رواه أبو هريرة وأبو سعيد الخدري . وروى في المجموع عن زيد بن علي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ، وفي الصحيحين أن الرسول عليه الصلاة والسلام وصفه بأنه عين الربا .

وقد ورد حديث الربا في البيوع أو ربا الفضل في صحاح السنة ويكاد يكون مجملاً عليه فيما عدا أن بعض الأحاديث ورد فيها القرة بدل الملح أو الزبيب بدلها وليس ذلك بذى شأن ، فكل رواية منها لا تفيد القصر على شيء معين وقد يفيد تعدد الرواية في بيان حلة التعريم . غير أن ابن حزم الظاهري يقصر الربا على التمر والتمنع والشعير والملح والذهب والنقصة ، وهو في القرض في كل شيء فلا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل ولا أكثر ولا من نوع آخر

(١) ومعنى ذلك أنه إذا أتممت الأجناس في هذه الأشياء يحرم التفاضل ويحرم النساء (أى التأجيل) — أما إذا اختلفت الأجناس كبيع فضة بذهب فإن التأجيل (أو النساء) مباحة يحرم غصب — إذ يشترط كما هو نس الحديث التفاضل في المجلس ، ويستتبع لى حكمة منع التأجيل في القبض فيما بعد .

(٢) صحيح مسلم بفتح النوى ج ٤ ص ٥٥ — ٥٧ . وهو ليس حيلة في تجوز الربا ! كما أراد البعض أن يحور مفروعية الميل — أعلام للموقنين ج ٣ ص ١٩٤ .

أصلاً ولكن مثل ما اقترحت<sup>(١)</sup> ولم يأخذ ابن حزم بطله من المال في تحريم ربا الفضل في هذه الأشياء فكلها دعوى بلا برهان وأفاض في الرد على اللال التي ساقها الجمهور كالطعم أو القوت أو الإدخار أو الثمنية أو الزكاة<sup>(٢)</sup>.

### حكمه التحريم في ربا الفضل:

وقبل أن نعرض لمذاهب الفقهاء في حكم التحريم، فإنه يبدو لنا أن تبادل الأشياء التي ورد النص عليها لا يحظر الحال فيه من أمرين فإما أن تكون متجانسة تماماً وبذلك لا تكون هناك فائدة من التبادل ولا يظهر وجه لهذا التبادل لأن الإنسان لا تعرض له حاجة مقولة لمبادأة شيء بمثله تماماً، ويحظر المقد من الفائدة فلا يكون مشروعاً، وإما أن تكون هذه الأشياء متفاوتة ويكون تبادل صنف منها بصنف آخر مفضياً إلى منفعة لأحد المتفاعدين كأن يكون هناك الأدنى والأعلى — وفي هذه الحالة قد تظهر فائدة التبادل ولسكتنا نكون أمام مظنة الربا لاسيما إذا دخل الأجل في هذه المعاملة فيفضى ذلك إلى أن يكون القدر بأكثر منه مع اتعاد الجنس مراعاة للأجل أو للعاجلة وهو ما لا ترتب عليه الشريعة الإسلامية أثراً، وقلبك قضت الشريعة بأن يكون تبادل هذه الأشياء مع اتعاد الجنس سواء بسواء في القدر ينقض النظر عن التفرق، وهناك باب يتسع لإدراك قيمة التفرق وانتفاء مظنة الربا، وهو ما أشار إليه الرسول صلوات الله عليه: بأن يباح أحدهما ويشتري بشئ من الآخر، وعندئذ يدخل النقد ضابطاً للمعاملة في كل وقت، وفي السلم جميعاً،

(١) المجلد ٨ ص ٤١٧ المسألة ١٤٧٩ ولا تعرف شيئاً لتحريم رد القرض بأقل منه إذ قد يكون تبرعاً من القرض.

(٢) المرجع السابق ص ٤٦٨ — ٤٧٦.

وكذلك الحال في مبادلة الدنانير والدرهم وكانت كلها من الذهب الخالص أو الفضة الخالصة ولا تعرض حاجة لتبادلها بذاتها إلا إذا كان المقصود بذلك الحصول على طارق القيمة بينها بذواتها إذا كان التعامل يبدأ بيد أو الحصول على طارق السعر عند دخول الأجل ، ومن شأن ذلك أن يخلق لدى الشخص عقلية للرابي ومسلكه في الكسب دون جهد أو إفتاق — فالدينارين والدرهم وضمت للتقويم وهي أصل الأثمان وليس في تبادلها ما يحقق منفعة اقتصادية فهي الإسلام عنه على أنه من الميسور أن يكون التبادل إذا اختلفت الأجناس فوراً فتم المعاملة بحسب سعر السوق ولا يكون هناك ربا — أما عندما يتداخل الأجل فإنه يؤدي إلى الربا والاسترباح دون عمل فن يتبادل ذهباً بفضة مع دخول الأجل فإنه يكون ملزماً بأن يرد قدرأ من هذا أو ذاك وقت حلول الأجل ولا شك أن السعر قد يتغير عند حلول الأجل لصالح أحد الطرفين وعلى حساب الآخر . وينشأ لدى للتعاملين بذلك — تفكير المرابي الذي يقصد إلى الربح دون جهد أو عمل مستفيداً من مضي الأجل ولا شأن له به ومن تغير السعر ولا يده فيه فهي الإسلام عن ذلك حتى لا يتغير المعايير لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر ، والملة في الربا عموماً — هي — حياطة الأموال أو منع الفتن . كما يقول ابن الساجشون<sup>(١)</sup> .

عنه والتحريم عند الفقهاء :

أما الفقهاء فقد اختلفوا في شأن علة التحريم في الأموال الربوية<sup>(٢)</sup> . فقال بقصر الأموال الربوية على ماورد في النص طاوس وقتادة وعثمان اللبتي

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٠٧ .

(٢) وذكر البعض أن تحريم الربا تبديي ولاهله — وما قيل إنما يصلح حكمة لتصرعه —  
حاشية المرافعى على شرح الترمذ ج ٢ ص ٣٢ .



وأبو سليمان ، وأخذ الظاهرية بهذا التصريح لأن ما ساقه الفقهاء من علل التحريم لا يضطرد<sup>(١)</sup> ولا دليل عليه وأفاض ابن حزم في إبطاله .

والحنفية اعتبروا الملة القدر وأنحاد الجنس ، والوزن والكيل هو القدر فيجوز الربا في تبادل كل جنس بمنحه في هذه الأشياء<sup>(٢)</sup> واستندوا إلى أن الحديث جعل تبر الذهب وعينه سواء مما يفيد أن المائلة في الوزن . كما جعل جيد المعلقة ورديتها سواء مما يفيد أن المائلة في الكيل ، وبذلك يمتد التحريم إلى الأرز مثلاً لأنه يكال وإلى الحديد أو النحاس لأنه يوزن . فلا يصح مباداة هذه الأشياء في المجلس الواحد إلا بمثلها وزناً أو كيلاً ، وهذه الملة في الواقع توسع من ربا الفضل ولا تدعو حاجة للتوسع فيه . إذ هي علة عامة في معظم المحاصيل وللمادن ورفض الحنفية أن يكون التمثيل في الأشياء الربوية بالطعم أو التمتية لأنه لا يستقيم في كل ما ورد في الحديث ولا يضطرد مع بعضه<sup>(٣)</sup> ، ولذلك نجد أن العرف قد يضيّق من التوسعة التي يؤدي إليها الرأي السابق فإذا جرى العرف بإعتدال فرق الوزن في تبادل شيء مما يوزن كالأرففة مثلاً فإنه يجوز التبادل فيه<sup>(٤)</sup> .

والملة عند المالكية في منع التفاضل في الأربعة أصناف التي اشتمل عليها الحديث هذا الذهب والفضة أنها الادخار والقوت أو الادخار إذا لم يكن مقفلاً ، والملة في الذهب والفضة أنهما يعتبران رأساً للائتمان وهي الملة المتنامرة لأنها لا توجد إلا فيها . أما النساء فالملة في التحريم الطعم والادخار فإذا اختلفت الأصناف

(١) المجلد ج ٤٦٨ — ٤٧٠ — راجع ما تقدم من ٣٢١ .

(٢) للبسيط ج ١٢ من ٨١٠ — ١٤١ ، فتح القدير ج ٥ من ٢٧٤ ، مجمع الأنهر المجلد الثاني من ٨٣ ، درر الحكام ج ٧ من ١٨٦ الطبعة السامرة ، ووافق الحنفية في ملة الربا — البروض التنزيح ج ٣ من ٢٢٤ .

(٣) المرجع السابق من ١١٧ — ١٢٠ .

(٤) رد المحتار ج ٥ من ١٨٧ .

جاء عندم الفضائل دون النساء فاعلمة هي الادخار والقوت بالمقابلة لتقدر واتحاد  
الجنس عند الحنفية<sup>(١)</sup>.

وأما الشافعية فقد رأوا العلة في التصريم بالنسبة للذهب والفضة هي الثمنية  
وفي غيرها من الأصناف الأخرى الطعم<sup>(٢)</sup> لأن أحاديث الربا اتفقت كلها على  
الذهب والفضة واختلفت في الأربعة الأخرى بوضع القرة مكان للبح أو الزبيب  
بدلها ، فدل ذلك على اعتبار الطعم لأنه جامع بينها ، وألحق الشافعية بهذه الأشياء  
معلومات أخرى كاقول والأرز حتى اختلف عندم في اللاء لأن بعضهم عدم  
معلوماتاً في قوله تعالى « ومن لم يعلمه فإنه مني » .

وللعنى الذى راعاه الشافعية في بيان علة الفضائل في الأشياء الربوية  
وما يلحق بها أنها عند التبادل فيها زيادة خطر في معالها ولا يخفى ذلك بالنسبة  
للذهب والفضة ، والأربعة أصناف الأخرى تتعلق بالانتفاع بها حياة الناس ولذلك  
لم يصح عند الشافعية قياس غير للطموم على الطموم أو قياس غير الأمان على  
الأمان<sup>(٣)</sup>.

والعلة عند الحنابلة بالنسبة للذهب والفضة على قولين أحدهما الوزن كاذب  
الحنفية والقول الآخر الثمنية كما يذهب الشافعية ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى  
أنها مكيل جنس أو مطموم جنس وبذلك يجرى الربا في كل مكيل أو موزون  
بجنسه . مطموماً كان أو غير مطموم ولا يجرى في مطموم لا يكال ولا يوزن.  
أو يجرى في كل مطموم بجنسه<sup>(٤)</sup>.

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٦ الطبعة الأولى ، حاشية الدسوقي على الفرح الكبير  
ج ٣ ص ٤٧ طبعة مصطفى محمد ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤٥ طبعة ١٣٢٩ هـ .  
(٢) المجموع شرح للمذهب ج ١٠ ص ٨٩ .  
(٣) المبسوط ج ١٧ ص ١١١ .  
(٤) الفتى ج ٤ ص ٥ - ٦ مطبعة الإمام .

### صياغة الذهب وأثرها :

على أن يبيع الذهب بالذهب إذا خلا من تقدير ما يخل على أحدهما من الصياغة ( كما في الحلي ) قد يقع في المخرج وفي ضياع قيمة عمل من الأعمال للباحة وهي صياغة الذهب والفضة حلياً وقد منع عبد الله بن عمر ذلك ، واعترض أبو القرداء على معاوية حين باع سقاية من الذهب بأكثر من وزنها وأسمع معاوية نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال معاوية « لا أرى بهذا بأساً » وقد جاء في اللقي شرح موطأ مالك : يحتمل أنه رأى القياس مقدماً على أخبار الأحاد على ما روى عن مالك <sup>(١)</sup> .

وثمة رأى دقيق في هذه المسألة بسطه ابن القيم وميز فيه بين نوعين من التبادل في تبادل الذهب والفضة . ففرق أولاً بين مبادلة ما فيه أثر لصنة الأدي وما لا يكون فيه فضل لأحد في تفاوته كالنثر بالنثر . أما الذهب المصوغ فلا يقال لصنائه أن يبيعه بوزنه ويخسر عمله حتى لا يترك هذا العمل للباح كما لا يفتح أمامه باب الحيل <sup>(٢)</sup> . غير أن ابن القيم يمنع تبادل المسكوكات ببعضها مع التفاضل لأن صياغتها وسكها تجري لمصلحة عامة ، وهي أداة التزويم وليست للانحياز ويقتضى صانها أجره من الحاكم <sup>(٣)</sup> .

### استثناء من ربا الفضل :

وثمة استثناء ورد به الشرع من ربا الفضل وحكمه ، وجاز بمقتضاه بيع

(١) المنتقى ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢٦٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٧ ص ١٠٢ — ١٠٦ .

(٣) المرجع السابق — وهو نظر دقيق ينبأ تحريمه المال واعتبار المصلحة في المنع والإباحة وأجاز الحناطه لصانع أخذ أجره الصياغة في خام الفضة ، والثاني أبطل عمل الصانع وظل لا خير فيه — مشكلة المجموع شرح المذهب ج ١٠ ص ٨٧ مطبعة التضامن .

الربط في رؤوس النخل بخرصها من التمر، وهذا هو حكم الرايا<sup>(١)</sup> وقد أجازها النبي عليه الصلاة والسلام للعاجية، ولا يأخذ الإمام أبو حنيفة بهذا الحكم ورد حديث بيع الربط على التمر لأن هذا الحديث دار على زيد بن أبي عياش وهو ممن لا يقبل حديثه واستحسن منه هذا الطعن أهل الحديث<sup>(٢)</sup>.

على أن حكم الرايا هو قول مالك والأوزاعي والشافعي وهو عند ثبوت حكمه استثناء من حكم بيع النوى بنفسه متفاضلا، واختلف الفقهاء في كيفية الرايا<sup>(٣)</sup> وشروطها.

والترخيص في الرايا عن النبي صلى الله عليه وسلم ورد في الموطأ عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وورد الترخيص في خمسة أوسق في حديث أبي هريرة، وأساس الترخيص هو الحاجة، وقدرها في الكمية خمسة أوسق أو ما دونها وأن يشتري بخرصها من التمر المعلوم الوارد وأن يكون المشتري محتاجا إلى الربط لطعامه ولا تقدمه لشرائه وأوجب الشافعي أن يكون ذلك يدا بيد.

وقد رأينا رأي ابن القيم ومستندة في إباحة بيع الذهب المصوغ بأكثر من وزنه، وإجازة بعض الفقهاء تبادل ما تمارف الناس على إهدار الفرق في الوزن فيه كإرخة الخبز وكل ذلك يدعو إلى عدم التوسع في ربا الفضل.

(١) للنفى ج ٤ ص ٥٢، الأم ج ٣ ص ٤٧.

(٢) التلويح على التوضيح ج ١ ص ٦، الحل ج ٨ ص ٤٦٢.

(٣) وقد اختلفت تصورات الفقهاء لما ويصح حكم الرايا أن يتبادل الشخص مع آخر

الربط والتمر وما من جنس واحد ويفترق التفرق الذي يجري فيه التبادل والحاجة للربط للمعام — وعدم وجود التقدير مع من يحتاج الربط للمعام — للنفى ج ٤ ص ٥٧ مطبوعة الإمام

### حكم الربا وأساسه :

ولا شبهة في بطلان العقد الذى يتضمن الربا — بل ان هذا البطلان ليس هو الجزء الوحيد الذى يقع على الطرف الذى يقرر الربا لمصلحته فإن الربا يمد كبيرة من الكبائر في الدين ويسد جريمة ليس فيها حد مقرر في الفقه الإسلامى ويعاقب عليه الحاكم بالتميز شأنه شأن ما لم يرد فيه حد من الجرائم ، فن استعمل الربا فهو كافر حلال الدم فإن تاب وإلا قتل ، وأما من باع يبيعا أربى فيه غير مستعمل الربا فلهية العقوبة الموجبة إن لم يملأر يجهل ويفسخ البيع ما كان قائما في قول مالك وجميع أصحابه ، ويكون للشخص رأس ماله سواء قبض الربا أو لم يقبضه فإن قبضه رده إلى صاحبه<sup>(١)</sup> .

غير أن البعض فرق بين ربا النسيئة وربا الفضل في الحكم ، وجعل الأول محرما ، والثانى مكروها وقد أشرنا إلى ذلك من قبل ، ولكن التحريم واحد في كليهما ، وقد استند من قال بالفرقة إلى الترخيص في الربا وهو عليه في التدليل لأن الترخيص لا يكون إلا من محذور والنهى في الأصل يكون محمولا على التحريم ولا يصرف إلى الكراهة إلا بقريفة ، وأما أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ببيع التمر الرديء وشراء غيره . بثمنه فهنا يدخل التفقد حاكما ولا تقوم مظنة الربا فلا يمد هذا تجويزا للربا بل يقصد به تهيئ بدخول أداة التقويم .

غير أننا مع ذلك نرى farkا بين ربا الديون وربا الفضل ، وهذا farkا ليس في الحكم ولكن في أساس التحريم ، فربا الديون محرم بذاته ، أما ربا الفضل فهو في نظرى محرم سدا للفرائع ويرجع ذلك إلى أنه في ربا الديون فإن الربا يكون مقابلا للزمن وهو ما قصد منه — بخلاف ربا الفضل — والذى يهدف

(١) مقدمات ابن رشد مطبوع مع النونية ج ٣ ص ١٩ — ٢٣ .

التحريم فيه إلى سد القرائع على من يقصد الاسترباح من عملية التبادل بلا مال  
أثقة ولا جهد أو صناعة في الشيء الذى يتبادل .

### مسائله المتعلقة بالربا :

أولا : الزيادة في الثمن نظير الأجل : إذا أضاف البائع في ثمن السلعة التى  
يبيعها عند بيعها لأجل فهل يعد ذلك ربا محرما أم لا؛ وترجع أهمية المسألة إلى أن هذا  
النوع من البيوع تقتضيه ضروب التجارة وقد أجاز هذا الزيادة بعض الحنفية وكرهها  
بعضهم ، وأجازها المالكية والشافعية والحنابلة لأن هذه الزيادة في الثمن لا تعد  
ربا نسيئة ولا تعتبر ربا فضل ، ويرجع من كرهها الأمر فيها إلى أن الزيادة  
مقابل التأجيل فهى من حقيقة الربا ، أما الآخرون فيرون أن حل البيع  
ثبت عاما في القرآن وهذا نوع من البيوع تقتضيه أعمال التجارة كما أن الزيادة  
لا تضمن عوضا عن اللذة فقد تكون بسبب حاجة البائع أو توقفه رخص  
الثمن في المستقبل ، ومن ناحية أخرى قد أباح الشارع أن تكون اللذة عوضا  
عن المال فإرواه ابن عباس من أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد لإخراج  
بنى النضير جاءه قوم منهم واحتجوا بأن لهم على الناس ديون لم تحل ، فأشار  
عليهم النبي صلى الله عليه وسلم بأن يضموا ويهبطوا<sup>(١)</sup> أى يضموا عن الدينين  
لهم جزءا من الدين نظير الوفاء للجل ، غير أن الحط من الدين للتسجيل لا يتساوى  
مع الزيادة في الثمن عند التأجيل والحط من الدين قد ورد النص بمجوازه<sup>(٢)</sup>

---

(١) الإمام زيد للاستاذ محمد أبو زهرة من ٧٠٥ وقد انتقد استدلال صاحب الروض  
النضير بهذا الحديث على جمل الملة عوضا عن المال .

(٢) وقد ورد في المتن لابن قدامة أن الحط من الدين إذا طلبه الدين لا يجوز إذا  
أراد التسجيل بالوفاء وكره ذلك زيد بن ثابت والقتاد وسعيد بن المسيب والشافعي وأبو حنيفة  
ولم يره ابن عباس بأسا .

إذ الدين في القرض—وهو عقد غير لازم— يجوز للدين فيه أن يجعل بالوفاء حتى ولو لم يقبل الدائن ، وقد انتهى إلى عدم جواز ذلك البعض واقترح أن يوجد نظام يكفل علاج ذلك بتأجيل دفع الثمن بحسب<sup>(١)</sup> على أننا نرى جواز البيع بأكثر من الثمن في البيع الآجل لأن كل عقد يستقل بذاته ولا يقارن بمقد آخر يدفع فيه الثمن فوراً ، ولأن حل البيع ورد عاماً وهذا نوع من البيوع وفيه فائدة للمشتري والباع<sup>(٢)</sup> .

ثانياً : إيداع القند في صناديق التوفير والبنوك : وهناك الفائدة التي يتقاضاها من يودع ماله في صندوق التوفير بالبريد أو في المصارف ، وهذه السألة أدق من السألة السابقة ، لأن الفائدة هنا تحسب باعتبار اللذة وهي تحسب دون نظر إلى الاستفادة بالقرض أم عدم الاستفادة منه وهي محددة سلفاً بالشرط .

وهناك فارق رئيسي في نظرنا ، وهو أن سمات عقد القرض قد تختلف في مثل هذه المعاملة ، لأن للمصرف لا يطلب القرض بل يتقدم صاحب المال به إلى المصرف ولا يقصد صاحب المال تبرعاً به للمصرف إذا اعتبرنا قصد الحقيقة ومن المؤكد أن معاملة الشخص مع صندوق التوفير أو المصارف تخلو عن ذلك القصد ، فالمصرف لا يطلب القرض ، وإن طلبه فإن هذا الطلب يكون عاماً لا يتحدد بشخص معين ، ويتقدم الإنسان من تلقاء نفسه لا يداع ماله ، وقد تكون الرغبة الأولى هي في إيداع المال لحفظه .

وقد أجاز هذه الفائدة — باعتبار أنها ليست ربا بعض العلماء — على

(١) الدكتور عبدالناصر السطار — الأجل في الالتزام ص ٢١٧ — ٢٢٩ .

(٢) فنحن ننظر إلى القند وحده والرضا فيه متحقق دون نظر إلى عقد آخر يمل فيه الثمن — وحاجة المقرض إلى السلفة غير مؤكدة حتى يكون هناك شبهة الاختلال — ولا يصح أن يفترض ثبات سر السلفة ، ولا شبهة في جواز اختلاف سر البيع باختلاف الزمان مما يجعل القول بأن الزيادة تبين عوضاً عن اللذة غير مؤكد .

أساس أن صاحب المال يقدمه لصندوق التوفير أو المصرف وهو يعلم بأجارها فيه فهو ليس ديناً - والقصد من الإيداع حفظ المال والتوفير على الادخار - والفائدة تدفع مقابل التوفير على فضيلة الادخار ، ورأى هؤلاء أن معاملة المودع مع المصرف لا تسخل ضمن ما عرض له الفقهاء من أنواع المعاملات ، كما أجاز للدولة أن تقتض بالربح عند الضرورة لأن الضرورة والحاجة تنفي الآثم<sup>(١)</sup> .

#### الربا تطبيقاً للمعاملة المستمرة سرها :

في بحث للدكتور شفيق شحاته عن السبب في الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup> ذكر أنه إذا كان البائع قد اشترى من المشتري - قبل أن يقبض الثمن - ما كان قد باعه له وتم هذا البيع الأخير بشئ أزيد مما كان يجب على المشتري - يكون الأخير قد حصل على فضل مال بنير سبب ذلك أن الربح لا يجوز إلا إذا كان هناك اعتبار ولو ظاهري للمصالح المتضاربة فإذا رجحت كفة الميزان لصالح أحد المتعاقدين فسد العقد وهذه هي نظرية الربا .

والعقد الذي أشار إليه الأستاذ الدكتور شفيق شحاته هو المعروف بعقد العينة وهو من عقود الفرائع الربويه والربا يتوقف فيه على القصد إليه . وقد أشرنا إلى الخلاف في شأن هذا العقد عند الحديث عن الغاية المشروعة من المعاملة والواقع أن فكرة الربا أعم من المثال الذي ورد في عقد العينة ، فالربا باعتباره فضل مال بنير عوض في مبادأة مال بمال (وهي عملية المعاملة أو المبادأة المجردة) يكون عاماً في القرض والسلم والبيع وتكاد فكرته أن

---

(١) الفتاوى للشيخ شحاته شيخ الأزهر الأسبق م ٢٠٢ - ٣٥٤ - وذلك بطبيعة الحال خلاف إرائش الدولة للأفراد بغائلة .

(٢) في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الفريعة الإسلامية م ٨٠ - ٨٨ .



تنبسط على عقود للماوضات كلها في الفقه الإسلامى<sup>(١)</sup> أما عقد السببية فهو قرض في صورة بيع ، والربا في نظرنا هو في ذاته تطبيق لشرط التكافؤ في مضمون العقد بين الماقدين في عقود الماوضات ، ويظهر ذلك من تعريف الربا ، وأنه يدخل في عملية مبادلة المال بالمال فيفسدها بسبب الخلل الذى يحدثه الربا في الماوضة أو المبادلة ، لأنه يسمح بقاضى أحد الطرفين مالا لا يقابله عوض ، كما يظهر من تعريف الربا ، فهو في ذاته تطبيق لشرط التكافؤ في مضمون العقد ، وهو يستوى في ذلك مع عقد الفرر الذى تسمح طبيعته أيضاً بأن يأخذ أحد طرفى العقد النعم كله ويخرج الطرف الآخر بالنعم كله ، وذلك أن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن النعم بالنعم ولا اعتبار للماوضة إذا لم تضمن ذلك أو إذا اختلت بوجود فضل مال لا يقابله عوض ، ويعتبر ربا النسبته في الديون من تطبيقات الماوضة فاقاعدة تبطل ولا تستحق بالعقد ولا يقوم سبب الالتزام بها لأنه لا يقابلها عوض فائدة لا تعتبر عوضاً في القرض حتى يكون مقابلها مال ، وفي ربا الفضائل لا يستحق البديل من الجنس الواحد مع الفضائل لأنه لا يقوم سبب الالتزام في جانب الملتزم إذ الماوضة لم تتم بحسب الصورة التى حددها الشارع والتى من شروطها أن تؤدى إلى التكافؤ العقدي في الالتزامات والحقوق الناشئة من العقد .

والفقه الإسلامى ينظر إلى العقد جهة واحدة ، وعقد الماوضة أو العقد اللازم الذى يتضمن المبادلة يحتاج إلى طرفين لإتمام المبادلة - والمبادلة يجب أن تتم في صورة للماوضة التى يعتد بها الشارع - فإذا تمت كذلك توفر أسباب الالتزام في جانب كل من طرفى العقد - بما يوجب عليه من التزامات وهنا تكون للماوضة أو المبادلة وحدتها التى تضمها نظرية السبب في القانون الوضعى

(١) جاء في البحر الرائق في باب البيع الفاسد « كل عقد فاسد هو ربا » ج ٦ ص ٦٨ .

حين تجزى العقد إلى التزامات متقابلة وتبحث لكل التزام منها عن سببه في الالتزام الآخر .

وفكرة للمعاوضة التي يستند بها الشارع والتي تقوم بدور السبب في العقود اللازمة . هي قيد على إرادة طرفي العقد في الفقه الإسلامي لأنه لا يترك للمقايدين تحديد الالتزام للمقابل إلا في الإطار الذي وضعه الشارع للمعاوضة فلا يكون هناك فضل مال في جانب لا يقابله عوض للجانب الآخر في العقد ، ولا اعتبار رضا الطرفين إذا تضمن العقد اختلالاً في المعاوضة أو للبادة أو خرجت عن الإطار الذي وضعه الشارع لها . غير أننا نشير إلى أن ذلك التنظيم لعملية للبادة ليس خفي الأسباب بحيث لا يتركها للتعاقدان بل هو منوط بأسباب معينة ترجع كلها إلى عملية البادة نفسها ولا شك أن التوازن فيها هو المطلوب المقايدين كما هو حكم الشارع .

## ثانياً : اختلال المعاوضة بسبب الغرر

### الغرر ومعناه :

الغرر في اللغة بمعنى التفرير وهو الإيهام والتوريط ، والتفرير في اللغة إيقاع شخص في الغرر<sup>(١)</sup> والمراد به عند الفقهاء أن يكون في المقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه أو يكون المقود عليه متردداً بين حالين يصعق في إحداهما تعيينه وفي الأخرى لا يصعق<sup>(٢)</sup> أو أن يستند التعاقد على أمر موهوم غير موثوق وسمى كذلك لأن ظاهره يتر العاقد ويورطه في نتيجة متوهمة<sup>(٣)</sup> .

(١) لسان العرب طبري .

(٢) محمد أبو زهرة نظرية المقدم ٢٥٩ .

(٣) المدخل القمى الملم لمعلق الزرقا ص ٦٩٨ .

والنور أيضاً بمعنى المخاطرة فيبيع النور هو البيع الذى فيه غاطرة، وهو البيع الذى يكتريه النور ويغلب عليه حتى يوصف به لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه<sup>(١)</sup>.

وقد عرف شمس الأئمة المرخسى صاحب المبسوط النور بأنه ما يكون مستور الماقبة<sup>(٢)</sup> وعرفه ابن عابدين بأنه الشك فى وجود المبيع<sup>(٣)</sup>، وقد نقل السكاسانى عن الشافعى أنه قال أن النور هو الخطر<sup>(٤)</sup>، وقد أورد الدكتور الصديق محمد الأمين فى رسالته عن النور مختلف التعريفات التى أوردتها الفقهاء للنور<sup>(٥)</sup>، وهى تصبغ إلى اعتبار الخطر فى النور أو اعتبار عدم القدرة على التسليم والأمر الثانى لا يختلف عن الخطر فهو فى ذاته خطر عدم التسليم وأورد الدكتور الصديق أن تعريف النور بما يفيد عدم القدرة على التسليم هو الذى اختاره الدكتور سلام مذكور فى كتابه المسئل للفقهاء الإسلامى وقد طبق ذلك فى المقدم على المباح فجعل التماقد عليه غمراً ولكن بسببين أولهما : أنه مباح ويستوى حق التماقدين عليه قبل إحرازه وأن التماقد على الاستيلاء عليه فيه غرر وجهالة قضى إلى النزاع.

وهناك فارق فى المعنى بين النور وبين النور إذ النور يكون نتيجة.

(١) مقدمات ابن رشد ج ١ ص ٢٠٦، ٢٠٧ — والنور هو المندبة واسطلاحاً ما لا يدركه من يحصل أم لا بخلاف المجهول وهو ما علم حصوله وجهلت سفته (تهذيب التروى ج ٣ ص ٢٧٠) -

(٢) المبسوط ج ١١ ص ١٩٣ -

(٣) رد المحتار ج ٤ ص ١٤٧ -

(٤) الباعث ج ٥ ص ١٦٣ -

(٥) النور وأثره فى العقود — رسالة الدكتور الصديق محمد الأمين ص ٢٧ — ٣٧ -

موقف ضلّي أو قول يضره شخص ليخضع به آخر بينما الفرر يكون راجعاً إلى طبيعة المقدّ نفسه كما فرق القراق بين الفرر والجهالة إذ الفرر ما لا يدري هل يحصل أم لا أما الجهالة أو الجهول فهو ما يلم حصوله وتجهل صفته ومثال الأول بيع السمك في الماء ومثال الثاني بيع شخص مافى كه<sup>(١)</sup> . وقد استعمل الفقهاء في بعض الأحيان الفرر والفرير بمعنى واحد<sup>(٢)</sup> .

والفرر يختلف عن القمار وهو كل مراهنه على غرر محض ، والميسر أخص من القمار وكان العرب في الجاهلية يطلقونه على القامرة بالإقداح وبذلك يكون الفرر أعم من القمار وهذا أعم من الميسر وإن كانت طبيعة الأشياء الثلاثة يكمن فيها الخطر وهو في نظرنا خطر فوات الموض أو التوازن بينه وبين الموض الآخر على الأقل .

ويقول الأستاذ الدكتور السهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي أن الفقه الإسلامي يعتبر الربا والفرر وتعدد الصفقة غير مشروعة ويمن في تجديدها وأن كلاماً من هذه الأمور الثلاثة لها أثر عميق في المسائل والأحكام التضييقية بحيث يعتمد الفقه الإسلامي في كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل — ويقول أنه لو أمكن التبسيط في فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة لزال كثير من الأسباب التي تقف بالفقه الإسلامي عن أن يتماشى مع مقتضيات التطور<sup>(٣)</sup> .

ولاشك أن الخطورة في العقود تضر بالمتقدين إذ هي بلاريب تخل

(١) المرجع السابق ص ٣٥ — ٣٧ .

(٢) المرجع السابق ولورد أمثلة من رد المحتار ونهاية المحتاج أشار إلى موطنها .

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ١٤ .

بالمفاوضة لصالح أحدهما على حساب الآخر فكلاهما يخاطر عند انقضاء العقد.  
وينتظر نتيجة المفاوضة وقد يجعله رابحاً للغم كله أو خاسراً للزم كله والمفاوضة  
التي يكون من نتائجها الفرر مطلقاً في جانب والفرر مطلقاً في آخر لا يمكن أن  
تعتبر في نظر الشارع الإسلامي .

### النهى عن الفرر :

وقد ورد النهى عن الفرر في أحاديث كثيرة ، وليس من أهدافنا في  
هذا البحث أن نمرض لجميع أنواع الفرر وعقوده ، وإنما يهمنا معرفة الفرر في  
العقد ومبناه <sup>(١)</sup> ، ومعرفة المدة في تحريره وهي في نظرنا أنه يحل بالمفاوضة التي  
يستهزأ الشارع في العقد المزمع للجانبين <sup>(٢)</sup> فلا يكون لالتزام أحد المتعاقدين  
سبب ومن ثم يبطل الالتزام لانعدام سببه . إذ الفرر يشمل مسائل كثيرة  
لا تدخل تحت حصر فيدخل فيه بيع العبد الآبق والشيء المعلوم والمجهول  
ومالم يتم ملك البائع عليه ويبيع السلم في الماء الكثير ونظائر ذلك وكل هذا  
يبيحه باطل لأنه غرر من غير حاجة <sup>(٣)</sup> .

ومن أحاديث النهى عن الفرر ما رواه نافع عن عبد الله بن عمر قال :  
« كان أهل الجاهلية يتبايعون الجزور إلى جبل الحبة أى تفتح الباقة ثم تحمل  
التي تنبت فتهاجم الرسول عليه الصلاة والسلام عن ذلك <sup>(٤)</sup> . وهذا البيع أخذه  
طائفة من الفقهاء على أنه بيع الباقة ويكون أجل الثمن إلى أن تدر ويد ولها

(١) وهو الفرر الذي يكون واجباً إلى طيلة عملية البادة أو المفاوضة في العقد المزمع

الجانبين .

(٢) التزوي على صحيح مسلم ج ٣ ص ٤ .

(٣) التزوي على صحيح مسلم ج ٣ ص ٤ .

(٤) للرجع السابق ص ٤ .

ويكون النذر هنا في الأجل ورأى آخرون أن المنع يرد على بيع ولد العاقبة الحامل<sup>(١)</sup> .

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تبضع وعند بيع ما في ضروعها إلا بكيال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن شراء ضريبة الفنائص .

وعن ابن عباس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النذر ، وفسر يحمي بيع النذر أن من النذر ضريبة الفنائص وبيع العبد الآبق وبيع البعير الشارد وبيع النذر ما في بطون الأنعام وبيع تراب المادن وبيع ما في ضروع الأنعام إلا بكيال .

وعن علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطرين وعن بيع النذر وعن بيع الثمرة قبل أن تترك<sup>(٢)</sup> .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وبيع النذر والجامع في هذه البيوع كلها أن المعاوضة فيها لا تنضبط بسبب طبيعة النذر الذي يعتمد على الخطأ ويترك العاقدين تحت رحمتها فلما أن يفوز أحد العاقدين بالنتم كله على حساب العاقد الآخر الذي يحصل النذر كله ولما أن يقلب الوضع فيضسر الأول ويكون عليه النذر كله .

(١) المرجع السابق .

(٢) وعنه كلها أنواع من بيع النذر ، ولكن منها لا يرجع إلى عملية الباطة نفسها كما في بيع تراب المادن — وكذلك بيع المضطر إذ لا يرجع ضاد المعاوضة فيه إلى عملية الباطة ذاتها ولكن يرجع إلى الظروف التي يتم فيها العقد وهي تؤدي غالباً إلى فقدان التوازن فيه ، والله في التهيئ متخ أكل أموال الناس بالباطل الأم ج ٣ ص ٢١ .

واللهي عن الفرر يمكن أن يرد أصله إلى القرآن الكريم (سورة البقرة آية ١٨٨) — في تحريمه أكل أموال الناس بالباطل : « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وقد فهم منها ذلك ابن العربي في أحكام القرآن<sup>(١)</sup> ، واشتملت السنة على أحاديث عديدة ورد فيها ذكر اللهي عن الفرر صراحة فقد روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرر<sup>(٢)</sup> . كما روى ذلك من النهي صلوات الله عليه ابن عباس وعامر والشعبي وصعيد بن السيب<sup>(٣)</sup> .

### أنواع الفرر :

الفرر هو وصف شامل لما يمتري العقد فيجعل الخطر فيه ظاهراً على مصلحة أحد الماقدين وقد يأتي هذا الخطر في عقد البيع مثلاً من جهة العقد كما في عقد بيعتين في يمة أو بيع الحصة ، وقد يأتي الفرر من جهة الأجل كالبيع إلى موت فلان أو البيع إلى اللبسة أو إلى أن يبيع للبيع وما أشبه ذلك ، وقد يأتي الفرر من جهة التوض بأن يكون البيع أو الثمن مجهول القيمة حين العقد<sup>(٤)</sup> . وقد يكون اللهي من الفرر منطوقاً به أو مسكوتاً عنه<sup>(٥)</sup> ونتناول بعض صور الفرر التي ترتبط بالمفاوضة ونختل بها .

(١) الفرر وأثره في العقود — الدكتور الصديق ص ٥٤ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٢٣٧ .

(٣) الأحاديث النبوية التي أوردتها الدكتور الصديق في رسالته السالف الإشارة إليها ص ٥٩ وأورد أن البخاري لم يورد حديث النهي عن الفرر وإن كان في صحيحه باب بعنوان « بيع الفرر وحل الحبة » . وقال البيهقي وابن حجر أن ذلك من باب عدم ذكره صراحة إذ يبيع حبل الحبة نوع من الفرر .

(٤) المرجع السابق ص ٧١ وارجع هذا التقسيم إلى الباجي من فقهاء المالكية .

(٥) أورد الأستاذ الصديق الفرر تقييماً لفرر دار على وجهين — الفرر في صفة العقد والفرر في محل العقد ويضرح عنه عدة أنواع تبا يحصل بالخل ، وقد أردنا بالبحث ما يخل بالمفاوضة أو المبادأة وليس تضي أنواع الفرر كلها كالجهل بنوع المحل أو بجهله أو عدم رؤيته أو الفرر في العقد المطلق أو المضاف فكل ذلك لا يصل بذهات عملية المفاوضة .

( ٢٢ — سبب الالتزام )

### بيع المذموم :

إذا لم يكن للبيع موجوداً وقت العقد فإن التصاقد عليه مع علم وجوده يحصل في ذاته خطراً ، وهنا يكون بيع المذموم من باب النذر ، والاستدلال على منع بيع المذموم هو بالأحاديث التي تنهى عن بيع النذر لأن بيع المذموم نوع منه .

قد روى ابن حنبل في سننه عن حكيم بن حزام قال « قلت يا رسول الله إني اشتري بيوعاً فأبطل لي منها وما يحرم علي » فقال « إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » وفي موطأ مالك أن رجلاً أراد أن يبتاع من آخر مالا يملك فأتيا عهد الله بن عمر فقال للبتاع لا تبع منه ما ليس عنده وقال للبايع لا تبع ما ليس ماعندك<sup>(١)</sup> . كما يستدل على منع بيع المذموم كما ذكرنا بالأحاديث التي وردت في النهي عن النذر ، وبالنهي الذي ورد عاماً في القرآن الكريم عن أكل أموال الناس بالباطل .

وبيع المذموم في ذاته محل خلاف بين الفقهاء إذ راعى البعض صفة المذموم وراعى البعض الآخر ما يؤدي إليه انعدام الحل من غرر فحسب . إلا أنه من المسلم أن هناك أنواعاً من بيع المذموم تجوز بلا خلاف ومثال ذلك السلم وقد جاز بالنص مع أنه من بيع المذموم ومن بيع الإنسان ما ليس عنده ، وكذلك عقد الاستصناع .

وبعض الفقهاء على أنه يجب أن يكون المبيع موجوداً فلا ينقد بيع المذموم أو ما كان على خطر العلم<sup>(٢)</sup> ومثال ذلك بيع نتاج النخيل لأنه بيع

(١) موطأ مالك ج ٢ ص ٦٣ .

(٢) الباقى ج ٥ ص ١٣٨ .



معلوم<sup>(١)</sup>، وهو باطل بالإجماع<sup>(٢)</sup>، وكذلك يمنع بيع اللبن في الضرع كيلا أو جزأً لأنه غرر وهو ما يكون مستور العاقبة<sup>(٣)</sup>.

ويشتد المذهب الحنفى بالقياس في مسألة بيع المعلوم حتى لا يميز بيع ما يكون متحقق الوجود في المستقبل فلا يميز بيع الدقيق في الخلطة إذ الدقيق هو متفرق الخلطة ولا يميز بيع اللحم في الشاة الحلية لأنه يصير لحماً بعد ذبحها بحسب فكلن بيع المعلوم فلا يجوز<sup>(٤)</sup>.

ويكاد ما ورد في المذهب الحنفى من تشدد في مسألة بيع المعلوم يتناقض مع الضرورات العملية التي تحتاج إلى تمييز بعض أنواعه، وقد أجاز الشارع السلم<sup>(٥)</sup> وهو بيع معلوم بثمن موجود وأساس جوازه ما رواه الشيخان عن طريق ابن عباس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلطون بالتمر السنتين والثلاث فقال «من أسلم في شيء قفى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وكذلك فإن من بيع المعلوم بيع النصفة وقد رأينا أنها جلت في عقد الإيجار موجودة حكماً. كما يجوز التعاقد على عمل الصانع في عقد الاستصناع أو المزارع في المزارعة، ولا جدال في صحة عقد الإيجار أو الاستصناع أو المزارعة ولكن الخلاف في أنها تجوز على سبيل الاستحصان أم تجوز قياساً.

(١) المتن ج ٤ ص ٢٠٩.

(٢) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٥٨.

(٣) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤.

(٤) البائع ج ٥ ص ١٣٨—١٣٩، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٤، تعيين الحقائق ج ٤ ص ٤٥—٤٦ ط الأميرية، العقود الغريبة لابن عابد بن ج ١ ص ٢٤١.

(٥) وجواز السلم من الآية «يا أيها الذين آمنوا إذا تملقتم بدين لى أجل مسمى فاكتبوه» البقرة ٢٨٢ ومن الحديث «قال فيه ابن عباس: أشهد أن السلف المفسدون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه» المتن ج ٤ ص ٢٧٥.

على أن كثيراً من الفقهاء لا يتشدد في بيع المعلوم كما يذهب إلى ذلك الحنفية فقد رأينا أن الإمام مالك أجاز بيع الدين في الضرع إذا كان قد عرف حلاب الماشية<sup>(١)</sup>، ولذلك فقد فرق بعض الفقهاء بين درجين من بيع المعلوم فهناك المعلوم أصلاً والمعلوم صفة ويوضح ذلك ما جاء في الفروق «أصل التمر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا كالطير في الهواء أو السمك في الماء وأما ما علم حصوله وجهت صفته فهو المجهول كبيمه ماني كده فهو يحصل قطعاً ولكن لا يدرى أى شيء هو<sup>(٢)</sup>» والفرقة هنا واضحة ذلك أن السمك قد يوجد في الماء وقد لا يوجد أما شراء حجر بمجرد رؤيته لا يدرى زجاج هو أم ياقوت فلا غرر فيه وإنما عدم معرفته تقتضى الجهاقة فيه<sup>(٣)</sup>.

والواقع أن النوع الأول وهو المعلوم أصلاً تختل فيه الماوضة ولا مصلحة في تميز هذا النوع من البيوع إذ تؤول الماوضة هنا بالنرم كله على أحد العقائدين وبالنرم كله على الطرف الآخر في القند ومثال ذلك بيع السمك في الماء وبيع الطير في الهواء وبذلك تختل الماوضة فلا يستد بها الشارع.

#### الترخيص في بيع المعلوم وأساسه

وبذلك لا يكون بيع المعلوم هو الذي يجب أن يدور عليه الخلاف . بل ما تؤدى إليه الماوضة على معلوم . فإذا أدى بيع المعلوم إلى التمرر وجب منعه وهذا ما ذهب إليه التقيي الحنفى ابن تيمية وكذلك ابن القيم وما ذهب إليه التقيي الظاهرى ابن حزم .

وقد استدلل ابن تيمية على رأيه في جواز بيع المعلوم إلى أن الشارع لم ينه

(١) راجع ص ١٤٥ .

(٢) الفروق ج ٣ ص ٣٦٢ .

(٣) المرجع السابق ، ولذلك يجوز بيع السمك في الماء ( في الأكلام ) إذا كان مملوكاً ولا تمنع مشاهدته وإسكاه — التقي ج ٤ ص ١٨١ .

من بيع المدوم بذاته ، وإنما ورد النهى عن بيع أشياء معلومة مثلاً ورد النهى عن بيع أشياء موجودة وبذلك لا يكون المدم والوجود علة النهى ولكن العلة هي الضرر ، وأن الشارع قد جوز بيع المدوم في حالات بالنص كالسلم أو حالات يدخل فيها بيع المدوم كبيع الثمار بعد أن تزهر إذ أنه يدخل في ذلك بيع ما لم يخلق منها ، وكذلك في الاستصناع <sup>(١)</sup> .

ويذهب ابن حزم إلى أبعد مما ذهب إليه ابن تيمية فيجيز بيع العبد الأبق والبغير الشارد عرف مكانهما أو لم يعرف إذا صح الملك عليه ، ولا يمتد بعدم القدرة على التسليم إذ لا يوجب التسليم كتاب ولا سنة ، ودفع ابن حزم حجة من استند إلى أحاديث النهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء العبد الأبق . بأن في رواها مجهولون <sup>(٢)</sup> .

غير أنه إذا كان في الترخص في مذهب الجمهور من عدم جواز بيع المدوم ما يخلق مع الحاجات العملية فإن ما يذهب إليه ابن حزم من جواز بيع العبد الأبق والبغير الشارد لا يخلق مع حاجة عملية وهو على فرض تحقيقه لناية إلا أنه فاسد التعليل إذ يذهب ابن حزم إلى أن القدرة على التسليم في المقدم لا يوجبها كتاب ولا سنة مع أن القدرة على تسليم المقنود عليه يجب أن تكون هي التوصل في جواز البيع أو عدم جوازه .

والترخص في بيع المدوم أبازه بعض الفقهاء ، فقد أجازوا بيع السمك في بركة صغيرة تجتمع فيها الأسماك بإجازة استئجارها للصيد ، وقد ورد في رد

(١) والمقنود عليه في الاستصناع هو البين لا عمل الصانع ، وخالف في ذلك البني فجعل المقنود عليه هو العمل ، وقال البني أنه لإجارة اجتهاد بيع انتهاء — ابن تيمية ج ٤ ص ٢٩٥ — ١٩٦ — وقد منع المناهضة الاستصناع لأنه من بيع الإنسان ما ليس منه — الفروع ج ٢ ص ٤٥٨ — ويلاحظ أن القياس لا يجوز القيد عند المنية بل يجوز استصنافاً البتة ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٨٩ — ٣٩٠ .

الخطار أنه نقل في البحر عن الإيضاح عدم جوازه ونقل عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد أن عمر بن الخطاب أجاز ذلك في بحيرة بأرض العراق — كما نقل عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن عبد الحميد ابن عبد الرحمن أن عمر بن عبد العزيز أجاز بيع صيد الأجام وسماء الحبس<sup>(١)</sup>، ويقول ابن عابدين — ما تقدم في كتاب الخراج غير بعيد عن القواعد ومرجعه لإجارة موضع مخصوص لمفظة معلومة هي الاصطياد، وهذا الرأي يفتح كثيراً من المسالك العملية كإجارة مناطق للصيد أو للتصدين ونجد ذلك سنداً في قول ابن عابدين أن الشيء المؤجر وهو منطقة الصيد معلومة والمفظة التي تستوف منها وهي الصيد معلومة أيضاً، وفي نظرنا أنه لا اعتبار بعد ذلك لما يخرج من الصيد إذ تكاملت عناصر المأوضة التي يستند بها الشارع عند المقد والخلل فيها بعد ذلك لا يرجع إلى عدم تعديدها ولكن يرجع إلى ظروف أخرى. لا تدخل في المأوضة كالمهارة في الصيد والجهه فيه أو التقصير من المتعاقدين ومن ناحية أخرى فقد أدرك فقهاء الجمهور أن تحريم بيع المدوم بإطلاق قد لا يصادف مصلحة، ولذلك فإن المنع عنهم هو التيسر والتفوق التي ترد على المدوم تجوز استحصانا، والقول ببطلان بيع المدوم مطلقاً يمارضه كثير من الأحكام المتفق عليها<sup>(٢)</sup>.

والواقع أننا في تطبيقنا للمأوضة للمتبرع شرعاً على بيع المدوم نجد أن الرأي الذي يحمل مناط الحكم هو كون بيع المدوم يؤدي إلى النور هو الذي يفتق مع حكمة انتهى عن بيع المدوم فوجود النور أو عدم وجوده هو التمييز في المنع لأن النور هو الذي يحمل بالمأوضة التي يستند بها الشارع.

(١) رد المحتار ج ٤ ص ١٤٧ وراجع الفتاوى ج ٤ ص ١٨١، وحاشي ص ٢٤٠.

(٢) سلام مذكور المختل في الفتاوى الإسلامية ص ٥٧٩.

### بيع الثمار قبل بدو صلاحها :

ومن البيوع التي يشتر فيها حكم النثر بيع الثمار قبل بدو صلاحها وقد ورد النهي عن ذلك في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنه المصنف في الحدود التي يقول بها الفقهاء هو الحرص على أن تتم المعاوضة على أساس عادل ويقطع في هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أرايت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه » ذلك أنه لا يحل للبائع أن يتقاضى الثمن ويخرج المشتري من غير ثمرة وقد ورد أن ذلك كان مشورة من النبي عليه الصلاة والسلام كما جاء في سنن المصطفى<sup>(١)</sup> لما كثرت خصومات الناس ومنازعاتهم بسبب المعاهدات التي تعيب الثمر ويقول القاضى أبو الوليد سليمان ابن خلف الباجى من المالكية اختلف أصحابنا في تعليقه فقال محمد بن مسلمة أن النثر موجود قبل بدو الصلاح وبمده ، ولكن لا غرض في شرائها قبل بدو الصلاح إلا الاسترخاض لا غير ذلك لأنها قد تسلم له فترخص عليه وقال بعضهم أن النثر قبل بدو الصلاح أكثر وبمده يقل وكثير النثر يبطل العقود أما قليله فهو مفعو عنه<sup>(٢)</sup> .

وذلك في نظري يكشف أن الحكم في بيع الثمار قبل بدو الصلاح يرجع إلى اعتبار معنى المدل في المعاوضة فإن شراء الثمر قبل بدو الصلاح ليس غاية في ذاته<sup>(٣)</sup> لأنه لا ينفع بها إلا إذا كانت صالحة فيكون النثر هو الرغبة

(١) صحيح سنن المصطفى للشيخان ج ٧ ص ٨٨ ، الأم القاضى ج ٣ ص ٤١ .

(٢) المتفق شرح مولاً مالك ج ٤ ص ٢١٨ مطبعة السعادة ، واشترط البعض الحاجة لإجازة النثر اليسير المدخل لابن الحاج ج ٤ ص ٧٥ .

(٣) أجازت المادة ١٣١ مدنى أن يكون عمل الالتزام شيئاً مستقبلاً ولكنه يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشئ جزائى أو يسر الوحدة ، وقد قصد القانون المدنى في هذه المسألة مخالفة الحكم المعروف في الفقه الإسلامى ويجوز بيع الثمار حتى قبل أن تنتهت وكذلك المحصولات

في الكسب عن طريق التعاقد على شيء قد يصلح فيكون النظم للمشتري وقد لا يصلح فيكون النظم عليه وهو الأمر الذي يخل بالمعاوضة وبدو الصلاح كما يقول الكمال بن الإمام أن تأمن المأهة والنساد وعند الشافعي هو ظهور النصج وبدء الخلاوة<sup>(١)</sup> وشراء الثمر قبل بدو صلاحه بالمعنى المتقدم يجوز في للنهب الحلقى إذا اشتراه بشرط القطع وكذلك إذا اشتراه وأطلق أى ترك اشتراط القطع واشتراط الترك لأن مطلق المقدر يقتضى تسليم العقود عليه في الحال ، أما إذا اشتراه بشرط الترك فهو لا يجوز على أن محدثين الحسن أجاز للشراء بشرط الترك إذا كان لمدة يسيرة<sup>(٢)</sup> .

ولا يخلو بيع الثمرة قبل بدء صلاحها من ثلاثة أقسام أحدها أن يشتريها بقصد التبقية ومعنى هذا أن يشتريها قبل أن تبدو الثمرة على أن يظل البيع حتى تصلح الثمرة فلا يصح البيع إجماعاً ( مع استثناء الترك مدة يسيرة كما سبق في قول محمد بن الحسن ) وثانيها أن يشتريها بقصد القطع في الحال وذلك لا يخل بالمعاوضة التي يعبرها الشارع والذى أفصح عن عقد المنع وهو أن الترك قد يتغير معه حال الثمرة إلى الفساد أو إلى الصلاح الكامل ، ويدل على صحة هذا البيع أن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما روى عن أنس نهى عن بيع الثمار حتى ترهق وقال أرايت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه وثالثها البيع مطلقاً إذا لم يشترط القطع أو التبقية فالبيع كما يذهب الإمام مالك والشافعي باطل وقد

الرداعية « حكم عمكة التفن بيطنة ١٢/١١/٥٩ — المنهور بمجموعة الأحكام السنة ١٠ —  
س ٦٤١ في شأن بيع محصول لطن قبل زراعته » — كما يجوز بيع إنتاج المساهية أو منتجات  
لم يبدأ منها .

(١) فتح القدير ج ٥ س ١٠٢ .

(٢) المبسوط س ١٩٤ — ١٩٧ ، والفتاوى الهندية لا يجوز الصراء بشرط الترك

أجاز الإمام أبي حنيفة المقد لأن إطلاق البيع يقتضي القطع ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض وذلك لنفس العلة وهي منع اختلال الماوضة نتيجة عدم توفر عناصرها عند المقد والنهي وارد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في منع بيع السنبيل حتى يبيض ويأمن الماعة - نهى البائع والمشتري وهو قول مالك وأهل المدينة وأصحاب الرأي<sup>(٢)</sup>.

ومذهب الشافعي أنه لا يميز بين الثمر قبل بدو الصلاح بشرط الترك لأن ذلك غرر من غير حاجة فلم يحز وإن باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذه قبل أن يطف فيأمن الثمر<sup>(٣)</sup>.

ويحمل المذهب الحنفي بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط الترك فاسداً من ناحية أخرى فهو بيع مقترن بشرط فيه منفعة للمشتري فصار كما لو اشترى حنطة بشرط أن يتركها في دار البائع شهراً أما إذا باع بدو صلاح الثمرة مطلقاً أو بشرط القطع جاز وإذا شرط ترك الثمرة لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف<sup>(٤)</sup>، والشراء مطلقاً كما يجوز في مذهب الحنفية<sup>(٥)</sup> يجوز عند الشافعي .

ويضع من ذلك في مسألة بيع الثمار قبل بدو صلاحها أن المول عليه منع اختلال الماوضة بسبب الثمر فإذا نظرنا إلى المذاهب الفقهاء في ذلك الموضع جازنا

(١) المتن ج ٤ ص ٨١ تصرف — والثرر نيا يتناوله المقد أصلاً يمنع الصحة ص ٧٠ — المرجع السابق — مطبعة الإمام .

(٢) للمرجع السابق ص ٨٣ .

(٣) للمذهب ج ١ ص ٣٨١ .

(٤) تحفة القضاة للسرقاتي ج ٢ ص ٧٩ .

(٥) المرجع السابق ، ويجوز بيع كل مما هو في الأرض كالقيل والبصل وإذا قلح كان للمشتري الخيار — والمقد غير لازم قبل الرؤية — العقود المدونة لابن مابدين ج ١ ص ٢٤٠ .

أنها جميعاً لا تجيز بيع الثمار قبل أن تخلق لأن ذلك معدوم فعلاً ووجه الشرع فيه ظاهر ظهوراً بينما قد تخلق الثمرة وقد لا تخلق، وكذلك بيع الثمار بعد الصرام فلا خلاف في جوازه كما يقول ابن رشد . وبيع الثمرة بعد أن تزهر إن كان بشرط القطع فهو جائز بلا خلاف — وإن كان بشرط الترك فقد أبطله أبو حنيفة والثشافى ومالك — وأجاز محمد بن الحسن التتبية مدة يسيرة على سبيل الاستحسان أما البيع المطلق الذى يخلو من شرط القطع وشرط التتبية فإنه لا يجوز عند مالك والثشافى وأحمد وأجازة أبو حنيفة لأن مقتضى الإطلاق هو القطع <sup>(١)</sup> .

وتدل أحاديث النهى عن بيع الثمار قبل أن تزهر على أن بيع الماومة وبيع السنين يشملها النهى وذلك أولى بداهة من منع بيع الثمر قبل بدو صلاحه لأن بيع الماومة أو السنين هو بيع ثمر الشجر لأعوام قادمة وعلة النهى هنا أوضح لأن منع بيع الشجر قبل بدو صلاحه علته أن قدر الثمر أو صفته غير معروفة أما بيع الماومة فإن وجود الثمر ذاته غير معلوم <sup>(٢)</sup>، والعلة في النهى ظاهرة من الأحاديث التى تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو من أنواع البيوع التى رآها النفعاء فاسدة وهى ان الماومة فيها غشغل بسبب عدم وجود عناصر العقد كلها عند انقضاء العقد فقد يهلك الثمر بسبب المعاهة وما يترتب على ذلك من خصومات وأكل اللال بالباطل، والنهى هنا للتعريم كما تدل على ذلك أحاديث النهى بل جاء فى بعض الأحاديث ما يؤكد ذلك الحكم مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « رأيت إن منع الله الثمرة بكم يأخذ أحدكم مال أخيه » <sup>(٣)</sup> .

(١) ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٧ ص ١٣٣ — ١٢٦ بصرف وإيجاز.

(٢) الدكتور الصديق محمد الأمين الضرر وأثره فى العقود رسالة ص ٢٦١ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٦٣ .



### بيع الموصاه ما ليس عنده :

وقد ينفي بيع الإنسان ما ليس عنده إلى اختلال المعاوضة ، وقد ورد النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد روى الإمام مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه أو حتى يقبضه في رواية أخرى كما ذكرنا حديث النبي صلى الله عليه وسلم للحكيم بن حزام : إذا اشتريت شيئاً فلا تبسه حتى تقبضه ، وروى أبو داود والمارقطنى عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يتباع السلح حيث يتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالم<sup>(١)</sup> قال الشافعى رحمه الله : يحتمل أن يبيع ما ليس بحضرة يراه المشتري كما يراه البائع عند تبايعهما فيه ويحتمل أن يبيعه ما ليس عنده ما ليس يملك بعينه فلا يكون موصوفاً مضموناً على البائع يؤخذ به ولا في ملكه فيلزم أن يسلمه إليه بعينه<sup>(٢)</sup> فلما أسره رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف أن يسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم دخل هذا بيع ما ليس عند المرء حاضراً ولا مملوكاً حين باعه ، ولما كان هذا ليس مضموناً على البائع بصفة يؤخذ بها عند حلول الأجل دل على أنه إتمام نهى عن بيع عين الشيء ليس في ملك البائع والله أعلم - وقد يحتمل أن يكون النهى عن بيع العين الثابتة كانت في ملك الرجل ، وفي غير ملكه لأنها قد تهلك وتنقضي قبل أن يراها المشتري<sup>(٣)</sup> . ويستدل المانعون لبيع الإنسان ما ليس عنده بحديث النهى عن الفرر إذ أن في بيع العين الثابتة غرراً ظاهراً والحديث الذى سبق أن أوردناه « لا تبع ما ليس عندك » قد أوله الكسانى في بدائع الصنائع

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج ٢ ص ١٥٧ .

(٢) الرسالة لقاضى ص ٣٣٩ - ٣٤٠ سماح ٩١٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٤ سماح ٣٢٦ .

فهو قد يعنى منع بيع ما ليس بمولوكا للبائع نفسه لا نيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه ويسلمه<sup>(١)</sup>.

على أن بيع ما ليس عند الإنسان أجازه الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة في أظهر الروايات عندهم والظاهرية وأجازه غيرهم من الفقهاء وأصحاب الحديث<sup>(٢)</sup> واستدل المجيزون ذلك البيع بقوله تعالى : « وأحل الله البيع » فيدخل في الآية بيع العين الغائبة وأن إثبات الخيار لمن اشترى عيناً غائبة في حديث مكحول لا يكون إلا في بيع صحيح<sup>(٣)</sup>.

على أن بيع الإنسان ما ليس عنده وقد جوزوه كثير من الفقهاء كما سبق أن ذكرنا وهو يتم بوصف الشيء الغائب لأنها الطريقة التي تنصرف عليها الناس - وضع له الفقهاء شروطاً يجب أن تتوفر لصحة البيع<sup>(٤)</sup> وهذه الشروط في نظرنا تقل من مقدار الخطأ في البيع بتعديد الشيء للبيع وتقي من ناحية أخرى بأن يكون بيع الشيء الغائب لحاجة إذ أن الشروط التي وضعها المالكية منها ألا تكون العين بيذة جداً في البيع اللازم والذي يكون فيه البيع مما يقبل التخيير وألا تكون العين قريبة جداً لأن ذلك مفاده إمكان رؤيتها إلا إذا كان ذلك يكلفه مشقة والشرط الثالث أن يصف العين غير البائع وهو شرط محل خلاف

(١) البدائع ج ٥ ص ١٦٣ ويلاحظ أن الدكتور سلام مذكور أرجح الضرر في هنا الفرض إلى أمرين استواء حق كل شخص على المباح قبل إحراره - وإن إمكان استيلاء البائع عليه حتى يملكه أو عدم تمكنه من ذلك هو في ذاته ضرر وجهالة تفضي إلى التنازع المسلح بقية الإسلامى الدكتور سلام مذكور ص ٥٨٥ ج ١ سنة ١٩٦٦ .

(٢) رسالة الدكتور الصديق الأمين في الضرر وأثره في العقود ص ٤٠ .

(٣) أشار الدكتور الصديق في المرجع السابق إلى عدم أخذه بحديث مكحول أو أي هريرة التي أثبتت الخيار لنسفيها ولم يبين وجه النصف في الحديث « من اشترى شيئاً لم يره » فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه - وقريب منه في القنط حديث أبي هريرة .

(٤) المرجع السابق ص ٤٠٥ .

بين المالكية وهو شرط في نظرنا لامتضى له لأن العقد يتم بين البائع والمشتري ويحصل التراضي بينهما على هذه الصفة سواء صدقها الطرف الآخر أم لا<sup>(١)</sup> ، والشرط الرابع أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة كلها وأخيراً ألا يقصد الثمن بقاء على شرط فإذا دفعه المشتري عند العقد بلا شرط جاز .

والواقع أن هذه الشروط تجعل من بيع الإنسان ما ليس عنده أمراً عسيراً وغاية هذه الشروط كما سبق أن ذكرنا أن يأمن طرف العقد جهاله للبيع ويظهر منها أن بيع العين الثابتة ليس بيعاً عادياً بل يلجأ إليه عند الحاجة .

#### العلة في البيع :

وبذلك تكون العلة في بيع ما ليس عند الإنسان هي أن الشيء لا يكون موصوفاً يؤخذ البائع بضمانه عندما يجعل الأجل — غير أن علة أخرى قد أوردتها ابن عباس : « ذلك دراهم بدرهم والعطام مرجأ » أى مؤخر فيكون البيع الثانى قد دخله الربا .

وعلة الربا تنبع اختلال الماوضة وجوداً وعلماً فإذا كان في البيع ربا فالماوضة مختلة ولا ريب ، ذلك لأن شبهة الربا عند قبض العطام ثم يمه تنقضي لأنه يكون بيعاً مبتدئاً لا ربا فيه .

وقد قال ابن عباس رضى الله عنه ( لا أحسب كل شيء إلامثلة ) أى مثل العطام في وجود شبهة الربا عند البيع قبل القبض — ورواية الحديث التى جاء فيه لفظ السلع تم العطام وغيره ، والحكمة التى رآها ابن عباس في اللع تسرى على العطام وعلى خلافه . وهناك حكمة أخرى تشاهد في العمل ويدعو إليها التفكير بمنطق المعسر وذلك أن بيع السلمة قبل أن قبض فيه تهوية لرأس المال

(١) المحل ج ٨ ص ٣٤٣ — ٣٤٤ .

على حساب العمل فإن التاجر حين يقسم السلعة وينفق عليها مالا أو جهدا نظير عرضها ثانية للبيع فإنما يأخذ ثمن جهده أو مقابل ما أنفقته على السلعة بخلاف الحال في البيع دون جهد أو إهداد فيمكن في التعاقد حتى يبيد التاجر بيع ما اشتراه والقالب ألا يكون قد أنفق جهدا أو تكلف مالا—وقد يكون ذلك في نظرنا سبب الاستثناء الذي أخذ به الشيعة من جواز ذلك البيع الثاني في المقار دون القول لأن ذلك لاغرر فيه لأن الهلاك نادر في المقار — وأخذ محمد وزفر والشافعي رحمهما الله بإطلاق الحديث <sup>(١)</sup> .

وفي نظرنا أن قه ابن عباس قد أصاب حقيقة المسألة ذلك أن بيع السلعة قبل قبضها قد يمر إلى الربا ، وهو في الواقع إذا لم يمر وقت بين البيع الأول والبيع الثاني يمر إلى الربا أو على الأقل شبهته .

#### مقارنة :

وقد أشار للرحوم الأستاذ محمد يوسف موسى في مذكراته في البيوع إلى رأى ابن القيم الذي تعرض لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » بالشرح فذكر أن الملة في النهي هي النذر لعدم المقدرة على التسليم لأن البيع معدوم فإذا انتفت الملة لم يوجد الحكم ولذلك أباح الشارع الأجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد نيل صلاحه لعدم النذر في هذا ولم يميز بين البعير الشارد وإن كان موجودا لوجود النذر في ذلك وهذا حكم سائر المعاملات <sup>(٢)</sup> ورأى عليه رحمة الله أن رأى ابن القيم يساعد بما فيه من التوسعة على التيسير في المعاملات فضلا عن تحليل دقيق وفهم عميق لمورد النص وعلمته

(١) مجمع الأنهر المجلد الثاني ص ٧٩ .

(٢) مذكرات في البيوع للدكتور محمد يوسف موسى ص ١١٣ .

ولاشك أن الاكتفاء بقة الفرر وهو يؤدي بذاته إلى اختلال الموازنة يضع  
فصلين ما يجوز من بيع المعلوم وما لا يجوز، يستوى في ذلك تطبيقاته المختلفة  
من بيع المعلوم أو بيع الثمار قبل بدو الصلاح، أو بيع الإنسان ما ليس عنده

### المزاحمة والفرر :

وقد اهتم الفقه الإسلامي اهتماماً كبيراً بمقدار الزراعة وأثار هذا العقد خلافاً  
بين الفقهاء إذ أن بعضهم يمنع هذا العقد مطلقاً في صورة تأجير الأرض على  
الإطلاق والبعض الآخر يملكه في صورة التأجير بأجرة معينة أو الزراعة على  
تفصيل نبيته فيما بعد— وقد نال هذا العقد اهتمام الفقهاء لأنه يتصل بأمر لكل  
منها أهمية في الفقه الإسلامي :

وأولها : أن مسألة التعاقد على المعلوم لها شأنها في الفقه الإسلامي والمزراعة  
تتضمن تعاقدنا على معلوم .

وثانيها : أن الزراعة عقد شائع بين الناس رغم أنه قد يتضمن عقداً على  
معلوم وقد جاز السلم وهو عقد على معلوم للحاجة إليه ولم يرد في الزراعة  
ما يميزها استثناء كالسلم .

وثالثها : أن الزراعة قد تتضمن من حيث طبيعتها ما يميل اختلال الموازنة  
راجعاً لأن عناصر العقد لا تكون موجودة كلها وقت انعقاده فلا يسهل على  
التعاقد أن يعرف ما يأخذه وما يعطيه على وجه اليقين لأن ذلك يتوقف على  
ما لا يملكه التعاقدان — ولذلك فإن هذه الناحية بالذات كانت محل اهتمام الفقهاء  
في هذا العقد وعقد ابن قيم الجوزية الفقيه الحنبل فصولاً للزراعة العادية في كتابه  
« الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية » .

والزراعة أو الحياطة هي للمعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ، وقد اختلف الفقهاء في ترضيها حسب اختلاف نظرهم في تكييفها ، فإن بعضهم منعها وبعضهم جوزها ، والمجوزون لها قد اختلفوا في تكييفها على أوجه فأبو حنيفة والشافعي ومن وافقها رأوا أن عقد للزراعة عقد إيجار وعرفها الإمام أبو حنيفة بأنها استئجار للأرض ببعض ما يخرج منها وعرفها الشافعي قريباً من ذلك بأنها معاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك . أما المالكية والحنابلة فيرون أن للزراعة شركة وعرفها المالكية شرعاً بأنها للشركة في التزرع بشروط مخصوصة ورأى الصحابان أبو يوسف وعبد أنها إيجار في الإبقاء وشركة في الانتهاء<sup>(١)</sup> .

وقد اختلف الفقهاء في حكم إيجار الأرض وللزراعة اختلافاً كبيراً نظراً لورود آثار عديدة في الموضوع ، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى من كراء الأرض والنهي عن إعطائها للمعامل معاملة عليها وفي تمييز ما لك الأرض أو العامل قطعة من الأرض يختص بزروعها أو يجره يأخذ من الخارج قبل القسمة . كما ورد كذلك إباحة كراء الأرض بالذهب والفضة كما ورد جواز التعاقد بجزء مما يخرج من الأرض كما في معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر من اليهود .

والمانعون لتأجير الأرض مطلقاً هم الظاهرية<sup>(٢)</sup> فلا يجوز عند ابن حزم الظاهري

(١) أورد الأستاذ عباس حمادة في مذكراته لطيفة ديوان الصرخة بجامعة الاسكندرية هذه التبرعات ص ١٠ ، ويلاحظ أن الخلاف قد يصل إلى اعتبارها عقد لازماً أو غير لازم فمن غلب جانب العكر في المزاولة اعتبرها غير لازمة ومن غلب جانب الاجارة وأما لازمة بالعقد منح الجليل ج ٣ ص ٣٣٩ .

(٢) قال ابن حزم في المحلى : لا يجوز كراء الأرض بشئ أسلاً لا بدنانير ولا بدرام ولا برش ولا بسلام مسمى ولا بشئ أسلاً ولا يميل في زرع الأرض إلا أحد ثلاثة إما أن =

إلا للزراعة بجزء مسمى مما يخرج من الأرض أو للساقطة إذا كانت الأرض مشجرة بالنخل لا غير ، واستدل ابن حزم على ذلك بما ورد من الشارع من النهي عن كراه الأرض وأعمل إطلاقه ، إذ روى البخاري ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم كما رواه الأوزاعي بسنده عن جابر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «من كانت له أرض فليزرعها أو لينسجها فإن أبي فليمسك أرضه» وروى مسلم عن أبي هريرة ما يطابق هذا الحديث ، وكذلك ما رواه أبو سعيد الخدري من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الزاينة والحاقلة ( والحاقلة كراه الأرض )<sup>(١)</sup> . وهذا الرأي في الواقع وإن استند إلى الأحاديث الواردة في شأن إيجار الأرض والزراعة يضيّق على الناس في كثير من حاجتهم للعملية وما زال الناس يستأجرون ويؤجرون الأرض منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم .

لذلك كان فقهاء الجمهور من حملوا الأحاديث التي وردت بالنهي على أن المراد منها ما كان من الزراعة مشتملاً على شرط فاسد يقترب على وجوده الضرر أو الضرر . وهنا نرى أن إيجار الأرض في مذاهب الجمهور مسلم وهو في ذاته تظهر وجاهته وإنما يمنع منه ما كان مؤدياً إلى الضرر أو الضرر

---

= يزرعها صاحبها بآلته وحيوانه وأعوانه أو يبيع لغيره زراعتها ولا يأخذ منه شيئاً إلا إذا اشتركا في الحيوان والآلة على ألا يأخذ مقابل الأرض شيئاً ولما أن يعطى أرضه لمن يزرعها ينفذه وحيوانه وأعوانه وآلته بجزء مسمى كالنصف أو الثلث والباقي للأراع سواء خرج من الأرض أو لم يخرج ( المجلد ٨ ص ٧١١ بصرف بير ) ودفع ابن حزم حجة القائلين بجواز إيجار الأرض بالنقد أو بجزء من المحصول بضميل يخفى عنه ذكر ما انتهى إليه . على أننا نرى أن ابن حزم وقد ذكر أن صاحب الأرض في الفرض الأول يزرعها بأعوانه لم يحرم لنا ما يقتضيه هؤلاء الأعوان وهل يجوز أن يكون ذلك جزءاً من المحصول أم لا .

(١) مذكرات الاستاذ عباس حمادة المشار إليها ص ١٥ .

والضرر الذى يلحق أحد الماقدين دون فائدة تقابله ليس إلا عاملاً من عوامل فساد المأوذة ، أما الضرر فهو بذاته من أسباب فساد المأوذة فى الفقه الإسلامى .

واحتج فقهاء الجمهور بما روى مما يميز كراه الأرض بالذهب والفضة بما رواه مسلم عن حنظلة قال سألت رافع بن خديج عن كراه الأرض بالذهب والفضة فقال لا بأس به إنما كان للناس على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يؤاجرون إلى إقبال الجدول وأشياء من الزرع ، فهلك هذا ويسلم هذا ويسلم هذا وبهلك هذا ولم يكن للناس كراه إلا هذا ففلك زجر عنه فاما شيء معلوم فلا بأس به ، غير أنه قد يرد على ذلك بأن الاعتبار فى النهى هو لعموم اللفظ لا بخصوص السبب إلا أن هذه القاعدة ليست مسلمة فى أصول الفقه<sup>(١)</sup>.

كما يصحح الجمهور بأن قصر للمأوذة فى الأرض على زرعها أو منعها لشخص آخر قد يكون راجعاً إلى ظرف معين من ناحية الزمان أو المكان وليس نهياً مطلقاً ، أو قد يكون النهى بسبب التنازع على كراه الأرض ويستدل على ذلك بما رواه زيد بن ثابت معترضاً على رواية رافع بن خديج بأن ذلك النهى كان بسبب نزاع رجلين من الأنصار جاء إلى الرسول صلوات الله عليه وسلامه فقال : « إن كان هذا شأنكم فلا تتركوا للزراع » كما احتج الجمهور بما يستدل به المانعون من ترك ابن عمر لإجارة الأرض بأنه كان على سبيل التورع والاحتياط ، ويميز الحنفية إجارة الأرض بكل شيء عدا الزرع الذى يخرج منها<sup>(٢)</sup>.

(١) المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢١ .



كذلك قول مالك وقول الشافعي<sup>(١)</sup>، أما الصاحبان فقد ذهبوا إلى جواز إجارة الأرض ولو بجزء مما يخرج منها<sup>(٢)</sup>.

والواقع أنه لا فرق بين تجويز إيجار الأرض بالذهب والفضة أو بجزء مما يخرج منها ذلك أن الخشية من وقوع الضرر على أحد للتأقدين قائمة في الحالين، والمبرة هنا يجب أن تكون بقيام الثمر في طبيعة للعامة أم عدم قيامه وبذلك فإنه يستوى أن تؤجر الأرض بالنقد أو بجزء مما يخرج منها لأن النقد مقدر بذاته، وما يخرج من الأرض يسهل تقديره وتسميته، أما الخشية من عدم وجود الثمر فهي قائمة في الحالين ولا يمكن اتقاؤها، وللانحياز لكراء الأرض بجزء مما يخرج منها يحتاطون لصاحب الأرض والعامل إذ قد يضار أحدهما من عدم طلوع الثمر أما من يمتنعون الإيجار مطلقاً فهم في الغالب يحتاطون لحق العامل، لأن صاحب الأرض لن يضار بعدم طلوع الثمر.

على أن المسائين للزراعة وهي عقد بين مالك الأرض والعامل على أن يزرعها بجزء مما يخرج منها، يظلمون بعمل المسلمين منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وكانت للزراعة العادة «التي يكون فيها التقطع والفلاح على حد سواء من العمل»<sup>(٣)</sup> هي عمل المسلمين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين وقول أكابر الصحابة كابن مسعود وزيد بن ثابت وغيرهم وهي مذهب فقهاء الحديث كابن حنبل والبخاري وعبد ابن قيم الجوزية من قال بها من الصحابة في للذهب كالإيث ابن سعد وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهم، وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج

(١) للرجع السابق ص ٣٢٢.

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٢٢٩.

(٣) راجع الآم الشافعي ج ٣ ص ٥٥، ٢٣٨ وقد منع الزراعة بجزء من الزرع نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها — وقارن الطرق الحكيمة ص ٢٩٣.

منها من غرس وزرع حتى مات صلوات الله عليه وسلامه - ولم تزل تلك المعاملة حتى اجلاهم عمر بن الخطاب عن خير - وكان شرطهم أن يسموها من أموالهم وكان البذر منهم لا من النبي صلى الله عليه وسلم ، والبذر يجوز أن يكون من العامل أو من رب الأرض أو منها مما ، وقد ذكر البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشرط وإن جاءوا بالبذر فلم يكدوا ، ويقول ابن قيم الجوزية إن الذين منعوا المزارعة احتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخاربة ، ولكن الذي نهى عنه هو الظلم بالمعاملة مبنيا على العدل بين الجانبين <sup>(١)</sup> والمعبرة كما ذكرنا سواء في بيع المدوم المتعاقد عليه أم غيره هي بالعدل في المعاملة — أو بالأحرى كما تقول الموازنة بين حقوق الملاك والتزاماته — فالزراعة أحل من المؤاجرة وأقرب إلى العدل فإنها يشتركان في النظم والمنعم بخلاف المؤاجرة فإن صاحب الأرض تملك له الأجرة والمستأجر قد يحصل له زرع وقد لا يحصل .

والحقيقة وإن منعوا لإيجار الأرض بجزء مما يخرج منها (هذا للصالحين كما سبق أن ذكرنا) فإنهم يميزون المزارعة استحصانا لا قياسا، لأنهم لم يساوها بينها وبين الإيجار إذ الأجرة في الإيجار معلومة بخلاف المزارعة ولم يجعلوها شركة لأن الشيء المشترك مدوم ولكنهم قالوا إنها إجارة ابتداء وشركة انتهاء وبذلك أجازوها عن طريق الاستحصان، ويظهر أنهم أخذوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها رواه الشيخان والبيهقي عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من كان له فضل أرض فليزرعها أو يعصمها أخاه فإن أبي قليصك أرضه » .

(١) المرجع السابق ص ٢٩٤ — ٢٩٤ ط ١٩٦١ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٦ .

ويقول ابن عابدين في رد المختار أن الإمام (أو حنيفة) فرع هذه للسألة (المزارة) على قول من جوزها لعله أن الناس لا يأخذون بقوله ، والواقع أن من لا يميز للمزارة من الحنفية جرى وراء الصياغة والقياس المحض دون النظر في التوفيق بين التصوص ومراعاة الحاجيات . ولعل ذلك ما دفع إلى إيراد بعض الحيل توصلا إلى المزارة ومنها أن يكون البذر وآلات الزرع شركة بين رب الأرض والعامل وأن يستأجر صاحب الأرض العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة<sup>(١)</sup> والواقع أننا نخرج من مذاهب الفقه الإسلامي بأن إيجار الأرض جائز وأن المزارة جائزة<sup>(٢)</sup> عند الجمهور وأنها عند الإمام أبي حنيفة تعتبر فيها اختلاف الوارد بشأنها، ولذلك لم يثب عنها أشد النهي كما يقول الأستاذ عباس حمادة في مذكراته ، غير أن أهم من جوزها هو ما تكون به المزارة عادة أى على شروطها التي تجمل المعاوضة فيها معتبرة من الشارع بحيث يتحقق فيها التوازن في مضمون العقد، ويمكن أن يكون مثلاً تلك معاملة النبي صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر من اليهود ومعاملة عمر بن الخطاب التي عامل بها الناس في المزارة .

#### المزارة في القانون :

وقد عمد المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ٥٢ إلى تحديد أقصى إيجار للأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة المفروضة عليها حتى لا يخرج الفلاح من الإجارة مهضوماً إزاء مالك الأرض ، وعُدل بذلك عن ترك تحديد الأجرة للمتأقدين طبقاً للمادة ٥٦١ مدني ، وتناول المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ٥٢ وتعديلاته حكم المزارة فجعل نصيب المالك لا يزيد على النصف بعد خصم جميع المصروفات في المادة ٣٣ من المرسوم ، وحددت اللجنة العليا للإصلاح الزراعي بقرار منها ما يلزم به المالك

(١) مذكرات في الفقه للفقهاء المتأخرين للأستاذ عباس حمادة ص ٣٧ في المباحث .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨ والمباحث ١ ، ٧ .

وما يلزم به المستأجر وما يكون مناصفة بينهما<sup>(١)</sup> . وكل ذلك يهدف إلى جعل إيجار الأرض الزراعية في الصورة التي تكون الأجرة فيها قدماً أو جزءاً شائعاً منسوباً إلى المحصول - محققاً للعدل في المعاوضة بين مالك الأرض والمعامل وهو ما عناه فقهاء المسلمين عند النظر إلى إيجار الأراضي الزراعية أو المزارعة . وكان ذلك الهدف هو محل نظرهم سواء عند نظرهم إلى منع المزارعة مطلقاً أو عند النظر في شروطها .

### المقاسرة والرهان والغرم :

وقد حرمت الشريعة الإسلامية المقاسرة لأنها تخل بالمعاوضة التي يعتبرها الشارع ذلك أن المقاسرة بطبيعتها تجعل أحد طرفيها خاسراً الغرم كله أو رابحاً

---

(١) يراجع القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ وقد وضع ذلك القانون في المادة ٣٣ مكرراً تنظيماً للتعاملات كل من المؤجر والمستأجر في حالة المزارعة فجعل جميع الضرائب والرسوم تقريباً على المؤجر وكذلك جميع الترميمات والتحصينات الرئيسية للزراعة والمباني والآلات وجعل جميع الصلوات اللازمة للزراعة وكذلك تسديد الأرض بالسداد البلدي وتطهير المساق والمصارف على المستأجر - ثم قسم مصروفات مقاومة الآفات الزراعية والمحرمات والري والآلات الميكانيكية وجمع وتجهيز المحصول وأثمان التقاوي والأسمدة الكيماوية وضريبة الدفع المنصوص عليها في القانون ٢٧٨ لسنة ٥٦ مناصفة بين صاحب الأرض والزارع - وأوجب ألا يزيد نصيب المؤجر ( صاحب الأرض ) على النصف في الثلث بعد خصم المصروفات التي يلزم بها مناصفة مع المستأجر - ويلاحظ أن عملية المعاوضة والمباقة في المزارعة وهي عقد ملزم للجانبين خضعت للاشراف الكامل بل وتنظيم من الشارع بصديد عناصر المعاوضة لسلك من المؤجر والمستأجر - وهو ما يفتق مع الفقه الإسلامي تماماً - وفي بحث الإباحة للأستاذ الدكتور سلام مذكور عرض لحلطان ولي الأمر في الأحكام لتنظيم الاقتصادى من ٣٥٥ وما بينهما عما يؤكد أن الفقه الإسلامى يمكن أن يستند كل إجراء يفضله الحاكم من تحديد الأجر أو الثمن أو التصدير على أساس أن من حق الحاكم أن يجعل المباح واجباً أو حراماً إذا حدث ما يوجب ذلك وأورد - بإدته الأمانة الناهضة عليه وما سبق من أحكام الفقهاء الراشدين - على أن سيادته إن كان رأى إباحة ذلك لولى الأمر إلا أنه حده بأن يكون ذلك حكماً استثنائياً موقوفاً بالحاجة بحيث إذا زال هذا المنع زال التقييد - وهذا ما يجعل رأيه عادلاً إذا نظرنا إلى الفرد ونظرنا إلى المجموع .

لنضم كله فهي بطبيعتها لا تؤدي إلى التوازن في حقوق العقدين والالتزاماتهما ، وقد حرم القرآن المقامرة بتعريم الميسر وهو ضرب من ضروب القمار<sup>(١)</sup> ، والملة في تحريم المقامرة هي أن أحد القامرين يكون غانماً أو غارماً<sup>(٢)</sup> ، ولذلك فإنه في السباق إذا أخرج كل من المتسابقين مالا لا يجوز لأن كلا منهما متردد بين أن يهزم أو يفوز وهو صورة من القمار<sup>(٣)</sup> ، وليس هناك استثناء في الفقه الإسلامي من تحريم ما يبد قاراً بضابطه الذي تقدم .

أما إذا تراءى شخصان أو تسابقا ، وكان الموضع الذي يتأله من يسبق أو يصح قوله منهما ، من أحد غيرهما فإن ذلك يجوز ، ونرى هنا أن الملة قد تختلف لأنه ليس هناك معاوضة مختل ، وكذلك إذا وعد أحد المتسابقين الآخر بمجازة إذا هاز عليه لأن ذلك لا يبد قاراً<sup>(٤)</sup> فلا يربح فيه أحد الفهم كله ويحضر الآخر للفهم كله . غير أنه لا يجوز أن يتراءى المتسابقان على أن من يسبق يأخذ ما قدمه كل منهما من أجل لأن ذلك ينطبق عليه ضابط القمار الذي قدمناه ، والمسابقة تكون في النصل أو الخلف أو الحافر للحديث - لاسبق إلا في نصل أو خف أو حافر - وذلك لأن للسابقة تعين على التدريب في هذه الأمور وهي عدة للحرب ولذلك أضاف الفقهاء لها المصارعة أو مسابقة السفن لنفس الملة<sup>(٥)</sup> .

(١) وتحريم الميسر ورد قطعياً في الآية : « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متبهون » المائدة ٩٠ ، ٩١ - والاستهلام الذي ورد في نهاية الآية من الاستهلام الانكساري ، وهو يفيد التحريم قطعاً .

(٢) النجى ج ٨ ص ٦٥٤ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٣) حاشية العرفاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣٧٥ .

(٤) ويجوز الوض أو المجازة من أحد المتسابقين أو من الإمام - المرجع السابق ، وقد المسابقة بالألا تكون في الأعمال المحظرة ص ٣٢٣ .

(٥) رد المحتار ج ٦ ص ٣٥٤ ، النجى ج ٨ ص ٦٥٣ ، حاشية العرفاوى ص ٣٧٣ .

وينطبق على المقامرة بلا جدال أنها تؤدي بطبيعتها إلى اختلال التوازن في مضمون العقد ، فلا يمكن مع طبيعة العقد أن نضمن ذلك التكافؤ الذي يتطلبه الشارع في الماوضة ، وفي السياق الذي ينطبق عليه ضابط المقامرة تجري نفس القاعدة لأنه في الواقع يعد مقامرة .

### القانون المدني والفرع :

إذا نظرنا في القانون المدني إلى بعض صور التردد التي أسلفناها في الفقه الإسلامي وجدنا خلافاً واسعاً يرجع في الأصل إلى اهتمام الفقه الإسلامي بشرط التكافؤ في مضمون العقد في عقود الماوضات والذي تدور عليه أحكام الفرع ، مع غيرها من أسباب اختلال الماوضة .

فالقانون المدني يميز في المادة ١٣١ التمتع على شيء مستقبلي ، ولا يشترط سوى أن يكون محل الالتزام يمكن الوجود . أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتعاضاً عن عمل . فيعوز بناء على ذلك بيع زرع لم يظهر ومصنوعات لم تصنع بعد وتلج ماشية لم تولد أو منزل لم يبدأ بناؤه ولا يحرم القانون التعامل في الأشياء المستقبلية إلا في خصوص التركات المستقبلية ودرهن للال المستقبل ، وقد قصد القانون مخالفة ما هو معروف من حكم بيع المدموم في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> .

وقد نص القانون المدني في الكتاب الثاني منه في المقود للماة — في الباب الرابع — على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان<sup>(٢)</sup> ، وأباح لمن

(١) الوسيط للسنهوري ط ١٩٦٤ ص ٤١٠ والمماش رقم ٢ .

(٢) الوسيط للسنهوري ج ٧ المجلد الثاني — والعقد رشاني ومولم للجانبين واحتال

ص ٩٨٧ — ٩٨٨ واسم الباب عقود التردد مأخوذ من الفقه الإسلامي .

خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ماخسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بنفي ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (م ٧٣٩) - والحكم ببطالان القصد يتفق مع الفقه الإسلامي ، وكذلك الحكم باسترداد مادفع نتيجة للمقد الباطل فيما عدا تقييد ذلك بمدة معينة - غير أن المشرع قد استثنى الرهان الذي يقده المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية وإن كان أباح للقاضي أن يخفض مبلغ الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، كما استثنى ما رخص فيه من أوراق النسيب (م ٧٤٠) وهذا الاستثناء بشقيه غير جائز في الفقه الإسلامي ، ونلاحظ أن سبب بطلان الاتفاق في القانون هو المخالفة لتنظيم المام والآداب<sup>(١)</sup> . غير أن سبب البطلان في الفقه الإسلامي هو أن القصد يتخلل فيه المعاوضة بسبب الفرر وهذا السبب لبطلان المقامرة والرهان أدق لأنه لا يظهر وجه إخلال المقامرة بالآداب وكذلك الرهان بقدر ما يظهر إخلالها بالمعاوضة ، وهو السبب الحقيقي في تحريمهما سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون ، ولا يصديق اعتبارهما مخالفتين للآداب إلا إذا رجعنا إلى الآداب التي يتطلبها الشرع الإسلامي في المعاملات ، ويجعل اتباعها قانوناً في تحريم أكل أموال الناس بالباطل سواء كان ذلك بسبب الربا أو الفرر .

كما نظم القانون المدني المرتب مدى الحياة سواء كان بنفي عوض أو كان بوضوء ، وسواء ترتب الالتزام بأداء المرتب مدى الحياة بقصد أو بوضوء في المادة ٧٤١ مدني وما بعدها ، وأجاز الالتزام بأداء المرتب مدة حياة الملتزم أو الملتزم له أو ثالث ، واشترط الكتابة لصحة القصد (م ٧٤٣) . وإذا كان المرتب لدى الحياة بنفي عوض كان تبرعاً وخرج من نطاق البحث لأننا نبحث الفرر

في الماوضات أو العقود اللازمة . أما إذا كان المرتب مدى الحياة بموضع كان البحث في جوازه أو عدم جوازه في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> .

### عقد التأمين والشرر :

نظم القانون المدني عقد التأمين باعتباره من عقود الشرر ، وقد عرّف عقد التأمين في المادة ٧٤٧ منه بأنه « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه ، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر اللين بالمقد وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » وأخذ البعض على هذا التعريف أنه لا يبرز الوجه القفى للتأمين<sup>(٢)</sup> ، وللتأمين من عوامل الأمان وتنشيط الأتمان ووسيلة لتكوين رؤوس الأموال ، وعامل من عوامل الولاية<sup>(٣)</sup> .

وينقسم التأمين من حيث الموضوع إلى تأمين الأضرار وتأمين الأشخاص

(١) تجبر العبرى — وهى من عقود التبرعات فى الفقه الإسلامى شبيهة بالمرتب مدى الحياة — والعبرى جائزة بالأحاديث النبوية ، واختلف فيها الفقهاء وصورتها الغالبة أن يقول شخص لآخر أمعرتك دارى هذه مدة حياتك أو حياة الملتزم أو حياة شخص ثالث — ونهب البى إلى أنها تملك للنافع فى المدة المعينة بحياة الشخص « بداية المجتهد ج ٢ ص ٣١١ » ومن هؤلاء مالك — ونهب الحنفية والمالكية إلى أنها حبة بالمال كله ، وبطل التاقيت « رد المحتار ج ٤ ص ٧١٦ ، القنى ج ٥ ص ٦٣٥ » — أما المرتب مدى الحياة فى الوصية « أى تبرعاً » ففقط على جوازه ونظمه قانون الوصية — وقد أورد بعض الفقهاء ما يجبر عمرى بموضع وهو ما بعد مرتباً مدى الحياة بموضع كمن دفع داره لرجل على أن ينق عليه طيلة حياته « المتقى على الموطأ ج ٥ ص ١٤ » أو من يبيع داره بالشفقة عليه مدة حياته « الفرح الكبير مع حاشية المصنف ج ٣ ص ٥٠ » وقد أقسما مالك وصاحب الفرح الكبير للشرر — والمرتب مدى الحياة بموضع يدخله الشرر بطبيعته من غير حاجة فضلاً عن قلة التاميل به كما هو مشاهد بخلاف عقد التأمين — وقلة فهو فى نظرى لا يجوز فى الفقه الإسلامى .

(٢) التأمين للبدرأوى ص ١٤ ط ١٩٥٧ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦ .



والغرض من تأمين الأضرار تعويض الشخص عن ضرر يصيب ذمته المالية عند تحقق الخطر كالحريق أو السرقة مثلا ، وتأمين الأشخاص يشمل أنواع التأمين المتعلقة بالإنسان من حيث وجوده وسلامته ويقصد به دفع مبلغ من المال إذا وقعت الكارثة وليس لهذا النوع من التأمين صفة تعويضية .

والتأمين قد تتولاه جميعات تعاونية وقد تتولاه شركات مساهمة ، وفي حالة التأمين التعاوني - يكون الاتفاق على أن يمول كل عضو عن خسارته من الحادث المؤمن منه بقدر الخسارة ويكون التعويض من أصابه الضرر ومن غيره ممن لم يصيبهم ضرر ، ويكون تسوية حساب المتعاونين في نهاية العام ، أما شركات المساهمة فهي تقتضى القسط مقدما وتناضى القسط مقدما وقدره مبني على أساس رياضي وإحصائي . كما تستهدف الشركات الربح من وراء عمليات التأمين

**أنواع التأمين على الحياة :**

والتأمين على الحياة ينقسم إلى ثلاثة أنواع رئيسية أولها التأمين لحال الوفاة ويتخذ هذا النوع صورة التأمين للعمري أو لمدى الحياة ، وصورة التأمين المؤقت ، وصورة تأمين البقية وفي الصورة الأولى يدفع المؤمن المبلغ عند وفاة المؤمن له أو النهر أيما كان تاريخ الوفاة ، وفي الصورة الثانية يدفع المؤمن المبلغ إذا توفي المؤمن على حياته خلال المدة المحددة ، وفي الصورة الثالثة يدفع المؤمن المبلغ المتفق عليه إلى المستفيد ، في حالة وفاة المؤمن على حياته بشرط بقاء المستفيد حيا بعد وفاة المؤمن على حياته .

والنوع الثاني من التأمين : هو التأمين لحالة الحياة ويدفع فيه المؤمن مبلغا من المال للمستأمن إذا ظل على قيد الحياة في تاريخ معين ويتخذ هذا النوع صورتين . أن يدفع المؤمن في مقابل قسط دوري أو وحيد مبلغا للمستأمن إذا

بقى على قيد الحياة في تاريخ معين وإلا أحفظ المؤمن بالأقساط وبرئت ذمته ، وإما أن يدفع المؤمن للمستأمن راتباً إذا بقي على قيد الحياة في تاريخ معين . بدلا من المبلغ المجدد - وتبرأ ذمة المؤمن إذا توفي للمستأمن قبل التاريخ المعين .

والنوع الثالث من التأمين : هو التأمين المختلط وهو أكثرها شيوعاً وينطوي على النوعين السابقين ، وأهم صوره التأمين المختلط البسيط وفيه يدفع المؤمن المبلغ إلى المؤمن له إذا ظل حياً أو لورثته في حالة الوفاة ، وهناك صورة التأمين المختلط المركب وصورة التأمين المختلط لأجل معين<sup>(١)</sup> .

### حكم عقد التأمين في الفقه الإسلامي :

رأينا أن النحر من بين أسباب اختلال للمعاوضة في العقد اللازم ، وقد نظم القانون المدني عقد التأمين ضمن عقود النحر ، وصفة الاحتمال في عقد التأمين لا يسكرها الفقهاء<sup>(٢)</sup> .

وبين حكم عقد التأمين في الفقه الإسلامي يجب أن يتشبه مع أحكام هذا الفقه بصفة عامة ، فليس هناك فائدة من محاولة قياس عقد التأمين بتنظيمه الحالي في القانون وصوره المروفة في العمل على العقود اللازمة التي تناولها الفقهاء المسلمون وإنما يجب أن يتجه البحث في ناحيتين :

أولهما : هل يتضمن عقد التأمين غرراً يفسده فلا يجوز أم لا يتضمن غرراً مفسداً للعقد .

وثانيتهما : هل النحر الموجود في العقد والمفسد له « بفرض وجوده » يقبل للضرورة أو الحاجة أم لا يجوز قبوله .

(١) التأمين البحري من ٢٧٣-٢٧١ .

(٢) المرجع السابق من ١١٣-١١٤ ، الوسيط ج ٧ من ١٠٨٩ .

ونشير إلى أن التأمين التماونى جائز فهو لا يتضمن غرراً « لأن تسوية الحساب فيه تكون آخر العام على أساس ما دفع لتعويض المخاطر فعلاً » . وهو أقرب إلى أن يكون تبرعاً متبادلاً بين للتعاونين ، والتعاون فى ذاته تبرع وهو مطلوب من الشارع .

أما التأمين بقسط ثابت ، والذي تتولاه شركات مساهمة تتخذ التأمين وسيلة للكسب، وفى خصوص التأمين على الحياة بالقات بأنواعه التى ذكرناها، فقد يعتبر التمر فيها من طبيعة القند — إذ يدخل عمر الإنسان وهو مجهول ضمن عناصر القند وقد يتوقف عليه ما يعود من القند على أحد الماعدين — ولذلك رأى البعض أن التأمين على الحياة لا يجوز شرعاً لأن فيه مقامرة وخطراً والواقع أن التأمين يختلف عن القمار فى طبيعته فالأول تجنب للخطر ، والثانى هو اتجاه إليه فلا يستوى من يطلب الأمان لنفسه أو لورثته مع من يرغب فى اللهو بالمخاطرة بما له<sup>(١)</sup> .

ويجب أن نشير إلى أن عقد التأمين له صفة الاحتمال بالنسبة للمستأمن فحسب، إذ أن اللؤمن يستطيع بأجهزته أن يعرف مقدار ما يعود عليه من عمليات التأمين ، وذلك بحساب الأقساط والمخاطر على أسس رياضية وفقية وذلك مما يقوم عليه التأمين ، وإن كان فى تعرضه لبعض الحوادث العامة ما يخل بهذه الأسس ، إلا أن علاجها يكون بإعادة التأمين بالتعاون مع الشركات الأخرى . أما المستأمن فإن أحداً لا يستطيع إنكار أنه لا يستطيع أن يحدد ما يعود عليه من القند عند انعقاده — وهنا يكون التمر بالنسبة له ظاهراً .

---

(١) والأستاذ الصديق الضرير فى رسالته عن التمر يضيف أن التعاون يجرم القمار

ويجيز التأمين وهو مالا يستدل به ولجس س ٦٤٩ من رسالة التمر .

وقد أنكر البعض صفة الاحتمال حتى بالنسبة للتأمين واعتبر الأمان الذى يحصل عليه المستامن هو موضوع العقد ومقابل القسط . غير أن الأمان ليس التزاماً على المؤمن مقابل القسط وإن كان غرضاً يتتبعه المستامن<sup>(١)</sup> ، ولا يستطيع ناؤمن ضمانه للمستامن لاسيما فى التأمين لحال الوفاة ، وأجاز الأستاذ السهورى التأمين باعتبار أن الضرورة تجيز ما فيه من غرر<sup>(٢)</sup> ، وأجازه الأستاذ الشيخ على الخفيف لأن الغرر الذى فيه مفتقر لأنه لا يقضى إلى النزاع كما هو مشاهد مع تعامل الناس بهذا العقد ، وأجازه الأستاذ الصديق محمد الأمين للحاجة<sup>(٣)</sup> . واشترط أن يكون تماونياً لأن الحاجة غير متعينة فى التأمين الذى تتولاه الشركات<sup>(٤)</sup> .

وإذا اتجهنا إلى الفقه الإسلامى بصفة عامة وجدنا ما يمين على إجازة عقد التأمين . فهو عقد يحقق مصلحة لمجموع المتعاملين به ويقصد به من ناحية درء المخاطر ومن الناحية الأخرى إزالة أثرها أو التقليل منه كما فى حالة الورثة عند وفاة مورثهم ويقول تعالى : « وخذوا حذرکم »<sup>(٥)</sup> . كما أن الصور الناقلة للتأمين على الحياة تنصبه إلى نفع الورثة وقد نذب الشارع إلى ترك مال للورثة فى حديث سعد بن أبى وقاص حين أراد أن يوصى بكل ماله أو بنصفه فنهاه الرسول صلوات الله عليه واختار له الثلث . مع كثرة ، ونذبه إلى ترك مال لورثته .

(١) للرجع السابق ٦٥١ . (٢) الوسيط ج ٧ ص ١٠٨٩ .

(٣) الغرر وأثره فى العقود ص ٦٦٣ .

(٤) اقترح الأستاذ الصديق أن ينص فى عقد التأمين الذى تتولى أمره الحكومة — على أن القسط الذى يدفعه للمستامن يد تبرعاً منه . وهذا فى الواقع يد مجرد حيلة لتجوز العقد إذ لا يرد التبرع على نية للفكر فى التأمين ، فضلاً عن ذلك فإن احتساب احتمالات المخاطر وتمويلها على أساس رياضى وإحصائى ينتج عنه بالضرورة ربح يد تنطية المخاطر ، ويستوى أن يؤد الرخ إلى شركة أو إلى الحكومة عند النظر فى جواز العقد .

(٥) سورة النساء آية ١٠٢ .

وإذا تبينا أن التأمين لا يقوم إلا بين فرد وجماعة . إذ لا يقوم التأمين بين فرد وآخر وإلا صار قاراً . تبينا أن التأمين كنظام يحتاجه الناس لأن تعاملهم لا يكون إلا مع جماعة تستطيع العمل على التقليل من المخاطر وإزالة أثرها بعد وقوعها ، فضلاً عن ذلك فإن وقوع الخطر المؤمن منه بين المستأمينين يؤكد مع عدم تحديد من يقع عليه فلا . فالمرر إذا انتفى بالنسبة للمؤمن بناء على ما يجريه من طرق رياضية وإحصائية لاحتساب الأقساط وقيمة التعويض عن المخاطر التي تقع . فإن وقوع الخطر يكون مؤكداً بالنسبة للمستأمينين جميعاً دون أن يتحدد بشخص معين ، وإذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن المؤمن إذا ربح يكون ربحه من ياب أو كل أموال الناس بالباطل . إذ قد يكون تقليل المخاطر قد ساهم فيه المؤمن بما يتخذه من وسائل فنية أو علمية أو إرشاد للمستأمينين يستهدف منه تقليل الخطر أو تخفيفه عند وقوعه ، ويكون الفارق بين ما يقتضيه المؤمن من أقساط من مجموع للمستأمينين ومادفه من مال لتغطية الخسارة التي تقع فلا هو نتيجة جهده أو مقابل ما أنفق .

وأهم ناحية يأتي منها للمرور في عقد التأمين على الحياة عموماً هو اعتبار العمر الإنساني عنصراً في المقدد بما يحمله ذلك من الاعتماد على أسس مجهول للإنسان ، ولا يكاد يوجد في المقدد بعد ذلك ناحية يأتي منها للمرور ، وأرى أن ما رآه الأستاذ الشيخ على الخفيف من أن تعامل الناس بعقد التأمين يجعل للمرور الذي فيه متفقاً هو رأى شديد ، ولا يهم قدر هذا للمرور لسبب التعامل فيه<sup>(١)</sup>

(١) اعترض الدكتور الصديق الأمين على رأى الأستاذ الشيخ على الخفيف بأن المرور الذي في عقد التأمين ليس ببيعاً — وأنه يؤدي لنزاع — رسالة المرور ص ٦٥٦ — والرجة الأولى مسلم — أما دعوى النزاع بسبب المرور فلا تصح إذا راعينا حجم التعامل بالقياس لما قد يثور من نزاع — رسالة المرور ص ٦٥٦ — على أن المرور ليس بمتن بنائه الطاعة وقد نص على ذلك الفقهاء — للممثل لابن الحاج ج ٤ ص ٧٥ فيجب أن تتجاوز عن قدر المرور بسبب التعامل في المقدد — وقدر المرور ينظر فيه إلى نتيجة في العقد لا إلى قيمته المادية — ونسبة المرور في المزاغة وفي التصاعد على لبن المرضة أكبر حتى ولو ظلت قيمته المادية .

ذلك أننا لا نستطيع القول بأن الغرر الذى يأتى من عقد التأمين هو غرر يسير في قدره لأن ذلك لاسبيل إلى القول به، فقد يتقاضى ورتة المستأمن قيمة التأمين كاملة بعد دفع قسط واحد، وقد يدفع المؤمن الأقساط عدة سنوات ثم يظل حياً « في تأمين البقيا » فتبرأ ذمة المؤمن دون غرم ، وتجوز العقد بسبب تعامل الناس به ورد في قول كثير من الفقهاء ، فالزراعة رغم ما فيها من غرر جوزها الصاحبان لتعامل الناس واحتياجهم إليها <sup>(١)</sup> . مع ما في طبيعتها من غرر كبير ويجوز التماقد على لبن المرضة مع عدم معرفة قدره لتعامل الناس <sup>(٢)</sup> وكذلك يجوز للسمسار الأجر لكثرة التعامل به وإن كان في الأصل فاسداً <sup>(٣)</sup> كما أن بعض الفقهاء يحمل التعامل في عقد دليلا على جوازه كما في عقد الاستصناع <sup>(٤)</sup> . ولاشك أن كثرة تعامل الناس دليل على حاجتهم إلى العقد ، وليس من اللازم أن ترتفع هذه الحاجة إلى نزلة الضرورة ، وكثير من الفقهاء جعلوها نظيرين في المعنى .

وقد أفتى الأستاذ الشيخ محمد عبده : في سؤال المدير شركة أمريكية عن صحة عقد اتفق بمقتضاه أحد الأشخاص مع شركة على أن يطبخهم مهاناً معلوماً في مدة معلومة على أقساط معينة للأجبار فيما يبدو لهم فيه للصلحة وأنه إذا مضت المدة المذكورة وكان حياً يأخذ المبلغ مع ربحه من التجارة في تلك المدة وإذا كان قد توفي خلالها يأخذ وورثته المبلغ أو يأخذه من يطلق له ذلك حال حياته ، بأن ذلك الاتفاق من قبيل شركة المضاربة وهى جائزة شرعاً ويجوز للشخص أو ورثته أخذ المال ، والسؤال ينصب على عقد التأمين المختلط مع

(١) جميع الضمانات ص ٣١٤ . (٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣ — ٤٤ .

(٣) للربيع السابق ص ٥٣ .

(٤) البدائم ج ٥ ص ٢٠٩ — وأورد الأستاذ سلام مذكور في بحث الإباحة في البحث الثالث ص ٤٢١ أن من أسباب طروء الإباحة الاستحسان إزاء العرف وأورد أمثلة لأملاات جازت مع ما فيها من غرر لتعامل الناس بها وأن السرخصى جعل الاستحسان نوعاً من الترخيس .

الاشتراك في الأرباح . إذ المبلغ المذكور في السؤال هو مبلغ التأمين مضافاً إليه الربح<sup>(١)</sup> ، وهذه الفتوى تميز بلا شك صورة عقد التأمين على الحياة وهو أكثر الأنواع التي يظهر فيها التردد في العقد .

والواقع أن عقد التأمين إذا اقتصر على الادخار والتعاون لما كان فيه خلاف من ناحية جوازه ، وناحية الاستثمار الذي تقوم به شركة التأمين لأموال المستأمنين يكون قاضيه ربحه حلالاً إذ توزع الشركة هذا الربح في صورة حساب القسط ويتعدد القسط مع النظر إلى هذا الربح - وهو ما يقع في العمل فعلاً .

والواقع أن الحاجة التي تقوم بالنسبة لعقد التأمين قد تتجاوز الحاجة في العقد نفسه إلى الحاجة في التنظيم الذي يتولى عملية التأمين - إذ لاشبهة في جواز التأمين التعاوني كما أسلفنا لما فيه من صفة التعاون على البر واتفاء التردد - غير أنه قد لا يمكن القيام بعمليات التأمين كلها وبالقدر الشاهد في الهيئات التي تتولاه من طريق التعاون بين الأفراد إذ يحتاج القيام بعمليات التأمين إلى جهاز كبير قادر على القيام بالناحية التقنية فيه ، وقد تقوم الحاجة إلى التعامل مع الجهاز الذي يقوم بهذا العمل بدافع الربح . كما تقوم الحاجة إلى العقد نفسه<sup>(٢)</sup> وكلاهما من الحاجة شرعاً .

---

(١) الفتوى منشورة بمجلة المحاماة - السنة الخامسة - برقم ٤٦٠ ص ٦٣ . وصدرت في ٩ صفر سنة ١٣٢٩ هـ . ويلاحظ أنه صدرت فتوى مخالفة من دار الإفتاء بأن عقد التأمين لا يجوز لأنه مطلق على خطر ويدقاراً - ومنشورة بمجلة المحاماة السنة ٥ رقم ٣٩٤ ص ٤٦٦ وصدرت بتاريخ ١٥/١/١٩٢٥ من مفتي الديار المصرية (عبد الرحمن قراطة) .

(٢) قانون رسالة التردد للاستاذ الصديق ص ٦٦٣ .





## الفصل الثاني اختلال المعاوضة بسبب الشرط

دور الدراسة الإنسانية في العقري الفقه الإسلامي والقانون:

إن دور الإرادة في إنشاء العقد وتحديد آثاره لم يكن على حالة واحدة في جميع الأزمان وللشرائع ، فإن ذلك يتوقف على النظرة للإرادة الإنسانية ذاتها ثم يأتي بعد ذلك دورها في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره ، وإعطاء الإرادة دوراً واسعاً أو مقيداً في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره بحسب تبعا لظروف عديدة ، فالإرادة الإنسانية ذاتها يختلف النظر إليها في مجتمع معين عن النظر إليها في مجتمع آخر والجماعات الإنسانية تختلف فيما بينها في نظم الحكم وفي درجة الثقافة الإنسانية التي تسود فيها ، وتطور هذه النظم أو تهضم الثقافة التي تسود في مجتمع معين يجعل دور الإرادة نفسها قابلا للتغيير بحسب البيئة والزمن .

فالإرادة ودورها في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره يتوقف على أمرين أولهما النظرة للإرادة الإنسانية في ذاتها وقيمتها الذاتية من حيث أنها تميز الإنسان وثانيهما حرية هذه الإرادة ومداهما بالنسبة للمجتمع الذي تعيش فيه ، وثاني هذين الأمرين كما هو ظاهر يتوقف على الأمر الأول فإن بحث مدى الإرادة الإنسانية في مجتمع معين لا يأتي إلا إذا كان هذا المجتمع على درجة من الرقي تجعل للإرادة الإنسانية الفردية قيمة في ذاتها ، وتوقع منها أن تكون قادرة على الاختيار وذلك في الحدود التي لا تتعارض مع حرية الآخرين وحقوقهم ، وقبل أن نعرض لبحث مدى حرية العاقلين في الشروط العقدية نرى أن نلم بنظرة الشريعة الإسلامية بصفة عامة إلى الإرادة الإنسانية

فالإسلام كدين وشريعة يسير في اتجاه واحد ، ولا يمكن إنكار حقيقة كهذه أو أن الفقه الإسلامى هو كما يفيد اسمه فقه الإسلام ، والإسلام يحمل للانسان بين مخلوقات الله تعالى قيمة عالية ويصرح القرآن الكريم بأن الله قد كرم بنى آدم ، وأن الانسان كما منح الحرية والإرادة الإنسانية فإنه يتحمل الثيمة .

فالإرادة الإنسانية في الإسلام لها قيمة في ذاتها مادام الإنسان مكلفاً قال تعالى في سورة القيامة « بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ » وقال تعالى في سورة الإسراء « وَكُلُّ إِنْسَانٍ لَّؤْمٌ ظَاهِرٌ فِي عَقِبِهِ » . وأصول الإسلام في الحساب الدنيوى والأخروى أن الانسان المكلف ما كسب وعليه ما اكتسب .

وقد كان مقتضى استقلال الارادة الانسانية والالتزام بها تبعه إليه وهو مناط التكليف أن يكون لهذه الارادة دور كبير أو يقتصر الأمر على نشاطها في دائرة التماقد ، فيكون لها أن تشرع التصرف القانونى وأن تحدد آثاره .

على أن ذلك في الواقع ليس اتجاه الفقه الاسلامى في دور الارادة الانسانية إلا في إنشاء التصرف القانونى . أما تحديد آثاره وبالتالى في مجال الشروط التصاقية . فالشارع قد حدد للعقود حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم هذه العقود<sup>(١)</sup> وإذا فإن لنا أن نتساءل عن السبب في جعل الارادة الماتقة الميزة لمناطق التكليف ثم تحديد سلطان هذه الارادة من ناحية أخرى في مجال العقود والتصرفات .

وفي رأينا أن التفرقة بين إنشاء التصرف القانونى وبين تحديد آثاره

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ٣٤١ ، محمد سلام مذكور في الفقه الإسلامى ص ٤١٧ - ٤١٩ .

في الفقه الاسلامي والتي تجمل اكتساب التصرف القانوني لإنشاء مما يملكه  
المكلف وتجمل آثار هذا التصرف مما يملكه الشارع - هذه الفقرة -  
تجد لها سداً يتفق مع كون الشريعة الاسلامية شريعة دينية ، كما يتفق ذلك  
أيضاً مع ما رأيناه من أن سبب الالتزام هو المعاوضة المتبررة شرعاً في العقود الملزمة  
للجانبيين ( اللازمة ) ، ومن البديهي أن الشارع إذا كان هو الذي يحدد آثار  
التصرف القانوني فإنما يهدف من ذلك إلى المصلحة والمعدل ولا شيء غيرها .

فأكتساب التصرف أو العقد عمل يصف بالثانية المطلقة وهو عمل يخص  
الفرد ويتأثر به الفرد أو الأفراد ولا يكاد يكون له تأثير على المجموع إذ أن  
إنشاء التصرف في ذاته ليس إلا عملاً يمارسه الفرد بإرادته ولا يكاد يظهر لتقييد  
هذه الإرادة وجه من وجوه المصالح وذلك فإن الشريعة الاسلامية لا تقيد  
الإرادة في إنشاء التصرف أو اكتسابه ولا تتدخل في مجال إنشاء التصرف  
أو اكتسابه إلا لحاية المآخذ نفسه باشتراط الأهلية عند اكتساب التصرف حماية  
للمآخذ نفسه - أو بمنع التصرف أو الإكراه عليه في بعض الأحوال  
الاستثنائية حماية للمجموع .

أما تحديد آثار التصرف كتحديد آثار عقد البيع أو عقد الإيجار أو المزاولة  
فإن الفقهاء المسلمين يجمعون على أن آثار العقود جمالية من الشارع « فالعقد  
ينشئ العقد ولكنه لا ينشئ الآثار وتأثير إرادته في تكوين العقد وإيجاده  
لا في إعطاء أحكامه وآثاره وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من عمل  
الشارع لا من أعمال المآخذ ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جمالية  
شرعية <sup>(١)</sup> » وهذه القضية قد صرحت بها كتب الأصول والفروع . فالوجوب  
للأحكام هو الله تعالى وقد أورد الشاطبي في المواقف أن الذي للمكلف

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢١٧ .

هو تماثل الأسباب وأما للمبانيات فهي من فعل الله تعالى وحكمه<sup>(١)</sup> ، ومن ذلك يظهر أن آثار العقود والتصرفات هي من الشارع لا من الماقدن .

على أن اعتبار آثار التصرفات من جعل الشارع يظهر في الشريعة الإسلامية سببه الواضح ، فما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية وهي شريعة دينية تعنى عناية فائقة بإقامة التوازن والتعادل بين حقوق الماقدن الناشئة من العقد ، وقد فضل الفقه الإسلامي ذلك الاتجاه أو بعبارة أخرى فضل الاعتبار العملي وهو تحقيق التوازن في مضمون العقد على الاعتبار التقني وهو الاكتفاء بالرضا من المتماقدن، فإذا كان الرضا كافياً لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام . فذلك حق ، ولا فائدة من تقليل دور الإرادة في إنشاء التصرف إلا في حالة تكون فيها الإرادة التي تنشئ التصرف غير سليمة . أو متعديّة على حق أما آثار التصرف فيحددها الشارع تحقيقاً للإشراف المباشر على إقامة التوازن في مضمون العقد . فليس الأمر إذاً مجرد المساواة القانونية في مركز الماقدن ثم ترك إرادتهما حرة في تحديد آثار التصرف الذي أجهت إليه إرادتهما ، وإنما يهتم أيضاً إقامة التوازن في مضمون العقد ، ومن ثم يتدخل الشارع في تحديد آثار التصرف .

### أصل الخوف في دور الإرادة :

والخلاف في هذه المسألة مرده إلى مسألة أخرى ، فهل الإرادة هي التي تنشئ التصرف وآثاره أم أن الإرادة يقتصر دورها على تحريك قاعدة قانونية تحسب ، وهنا نجد نظريتين إحداهما تعتد بإرادة المتماقد في التعبير فحسب ولا شأن لهذه الإرادة بترتيب آثار التصرف الذي أجهت إليه إذ تقوم به هنا

(١) الشاطبي — للرواقت ج ١ ص ١٩٠ .

إرادة المشرع ، ووظيفة التصرف القانوني هنا تماثل وظيفة الواقعة القانونية فكل منهما يقتصر نشاطها على تحريك القاعدة القانونية وهذه القاعدة هي التي ترتب الأثر القانوني في الحالتين فكل من التصرف القانوني والواقعة القانونية شرط لترتيب الأثر القانوني<sup>(١)</sup> .

وأما النظرة الثانية والتي يكون فيها تعريف التصرف القانوني بأنه إرادة تنجم إلى إحداث أثر قانوني ، فلها تسند إلى الإرادة وظيفة ترتيب الأثر القانوني فهنا يبدو التصرف القانوني بآثاره نتيجة الإرادة التي أتت إليه وهذه النظرة نظرة فردية بلا جدال وتقوم في مواجهتها النظرة الأولى والتي تجعل القانون هو الذي يحدد آثار التصرف .

#### المقدمة في القانون ومصادرها :

القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين كما نصت على ذلك المادة ١٤٧/٢ مدني ومعنى ذلك أن الإرادة الإنسانية تنشئ التصرف وتحدد آثاره ، والقاعدة المنصوص عليها في المادة ١٤٧ مدني تطبق لبدأ سلطان الإرادة التي وصل إليه الفقه اللاتيني بعد تطور طويل ، وكان للعوامل الاجتماعية والسياسية أثر كبير في الوصول إلى ذلك للبدأ في القانون ذير أن ذلك للبدأ قد وجهت إليه وبالأخص إلى الغفلة في تطبيقه ، اعتقادات عديدة بسبب نشأة للذاهب الجماعية والتي تجعل المجموع لا الفرد مركزاً لاهتمامها فتضيق النظرة إلى مبدأ سلطان الارادة وبدأ يقل دوره حتى في مجال القانون الخاص وفي دائرة العقود بالذات .

---

(١) نظرية العقد للسنهوري مقرة ٧٧٤، ص ٧٦ — ويحارب هذا القول مبدأ جمالية الآثار في الفقه الإسلامي — إذ التصرف الذي يشتهه للمكلف هو مجرد سبب لترتيب آثاره من الفاعل . راجع ما تقدم في ص ١٢٨ — ١٢٩ وللدخل الأستاذ سلام مذكور ص ٦٥٩ .

وإذا نظرنا إلى القانون المدني المصري والذي ينص على القاعدة المقررة في المادة ١٤٧/٢ على مبدأ سلطان الإرادة . فيجب أن ننظر أيضاً إلى الاستثناءات العديدة التي تحد هذا المبدأ حتى يمكن أن نقدر قيمته تقديراً سليماً . فقد الإيجار مثلاً وهو من أهم العقود لا تكاد الإرادة تستقل فيه بتحديد الأجرة أو مدة الإيجار وما من أهم عناصر العقد لأن القانون ٤٧/١٢١ بشأن إيجار الأماكن وتديلاته يقول ذلك ، وكذلك في إيجار الأطنان الزراعية الذي ينظمه الرسوم بقانون ٥٢/١٧٨ وتديلاته والتي وصلت بالقانون ٦٣/١٧ والقانون ٦٦/٥٢ إلى حد إنابة الجمعية التعاونية الزراعية في التعاقد عن مالك الأرض إذا رفض التعاقد ، وكذلك ما تنظمه قوانين التأمين وأهمها الرسوم بقانون ١٩٤٥/٩٥ . من تنظيم الاتجار في سلع معينة بما يسلب حرية البائع أحياناً في التعاقد أو عدم التعاقد ، وبما يحدد السعر فرضاً على طرف من أطراف العقد مع العقاب الجنائي على مخالفة أحكامه ، ويضاف إلى ذلك مراعاة الشارع من قوة بعض المؤسسات الاقتصادية عند التعاقد وما قد تشرطه مع المتعاملين معها من شروط تيسيرية تفرضها عليهم مع حاجتهم إلى ذلك التعامل . فأورد في القانون المدني نص المادة ١٤٩ بشأن عقد الاذعان وقد أبلحت للقاضي أن يخفف ما يكون شرطاً تيسيفياً في العقد أو يلغيه . فإذا نظرنا إلى ما تقدم أمكن لنا أن نزن مبدأ سلطان الإرادة بميزان سليم يوضح لنا أن نظرة الفقه الاسلامي إلى آثار العقد وأنها من الشارع ، هي نظرة سديدة تتماشى مع النظر إلى المجموع قبل التردد وهي النظرة التي تسود في هذا العصر .

### ما هو الشرط المفترق بالمعنى :

الشرط لنة هو الزام الشيء أو التزامه<sup>(١)</sup>، ويطلق الشرط عند الفقهاء على أحد أمرين أولهما التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة للمتزم أم لغيره أم لا وسواء ثبت باللفظ أم لا<sup>(٢)</sup> وثانيهما الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية والذي يتوقف وجود الفعل على وجوده ويعدم بدسه من غير تأثير لوجوده في وجود الفعل<sup>(٣)</sup> والنوع الأول هو الذي يهم في بحثنا ، وهو الشرط الجعلي ويسمى المقيد المشتعل عليه عقداً مطلقاً على شرط ، وقد يكون الشرط له عمل في أصل التصرف بمعنى أنه يتوقف عليه وجود التصرف أو لا يكون له عمل في أصل التصرف فلا يتوقف عليه<sup>(٤)</sup> .

والشرط في الفقه الاسلامي قد يشترطه الماقد وقد يكون شرطاً عرفياً إذا تعارف الناس عليه واعتادوا التزامه في معاملاتهم وإن لم يذكر في العقد ، وجهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة على اعتبار الشرط العرفي ، وفي المذهب الشافعي وجهان في اعتباره وعدم اعتباره<sup>(٥)</sup> .

(١) لسان العرب مادة شرط ج ٩ .

(٢) نظرية الشروط للفتنة لوك الدين شعبان ص ٢٩ .

(٣) راجع ما تقدم ص ١٣٦ .

(٤) ومثال الأول بيت البار إذا رضي فلان بالبيع منه متوقف على الشرط — ومثال الثاني بيت البار بشرط أن أمكنها ستة أشهر فالتصرف عند قبول الشرط قائم — والنوع الأول هو الشرط المنصوص عليه في المادة ٢٦٥ مدني « يكون الالتزام مطلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستعمل غير محقق الوقوع » ولا يدخل في دائرة البحث أما الثاني فهو القصور .

(٥) نظرية المعروط ص ٤٣ — ٤٥ .

وقد يكون الشرط صفة في المقود عليه ويعتبر مع ذلك شرطاً ، ويجب أن تكون الصفة للشروطة مشروعة ، وألا تكون بذاتها تحتمل الوجود والمعدم حتى لا نكون في مواجهة غرر في العقد وهو يفسد العقد بذاته .

ونحن نبعث الشرط باعتباره أنه قد يخل بالمعاوضة ، في العقود الملزمة للجانبين ويفسد العقد به ، ولذلك فإننا نبعث النوع الأول وهو التزام التصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائداً عن أصل التصرف ، ويضيف البعض تشكيكاً مع الهدف من البحث ألا يكون هناك غرر في وجود الشرط وألا يكون محظوراً<sup>(١)</sup> غير أنه من السليم . أن الغرر أو عدم المشروعية يخل كل منهما بالعقد من جهته . ونحن نبعث الشرط الذي يخل بالمعاوضة التي يعتد بها الشارع والتي يستهدف منها التوازن في مضمون العقد .

### الشروط العقدية في المذهب الحنفي :

يقول الزيلعي في تبين الحقائق : الأصل ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم ولم يرد الشرع بمجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لأهل الاستحقاق ففسد لما روينا ، فإن شرط ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لأنه يؤكد مقتضى العقد ، أو شرط في العقد ما ورد الشرع بمجوازه كالخيار والأجل أو الشرط الذي جرى به التعامل بين الناس كشراء النمل على أن يخذوها البائع أو يتركها أو شرط مالا منفعة فيه لأهل الاستحقاق — وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدي لا يفسد لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائماً ، وما عدا

---

(١) مصادر الحق السهوي ج ٣ ص ١١٧ ، فارق المدخل لفتح الاسلاي سلام مذكور



ذلك من الشروط مفسداً لما فيه من زيادة عربية من الموضع خفي إلى الربا ولأنه يقع بسببه للنازعة فيعمرى المقد عن مقصوده لأن المقصود من شرع الأسباب في الماملات قطع النزاع<sup>(١)</sup>.

وهذه العبارة تدل بوضوح على أن المهدف من نظرية الشروط العقديّة في للذهب الحنفى هو مراعاة التوازن في مضمون المقد ويظهر فيها ما نذهب إليه من أن أساس الالتزام وسببه بالنسبة للمائد في المقد للملزم للجانبين هو المعاوضة التي يعتبرها الشارع وأن تقييد حرية الماقدّين في الشروط العقديّة هو مجرد تطبيق لهذه الفكرة كالربا سواء بسواء.

وجاء في البدائع : الشروط القاسدة أنواع منها شرط في وجوده غرر كما لو اشترى جارية على أنها حامل لأن للشروط يحتمل الوجود والعدم وأجاز هذا الشرط أبو حنيفة في رواية الحسن بن زياد ، ومن الشروط شرط لا يتعاضيه المقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للبيوع إن كان من بنى آدم كالرقيق وليس بملأّم للعقد ولا مما جرى به التماثل بين الناس كببيع الدار على أن يسكنها شهراً أو اشترى ثوباً على أن يحنطه البائع قيصاً فالبيع في هذا فاسد لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا ، وروى الحسن عن أبي حنيفة جوازه وبه أخذ الشافعى<sup>(٢)</sup> . أما الشرط الذي لا يؤثر في فساد البيع فهو ما لا منفعة فيه لأحد فيصح للبيع ويبطل الشرط وهذا عند محمد وخلفائنا لأبي يوسف وبذلك فإن المنفعة أو الفائدة

(١) تبين المقاتل ج ٤ ص ٥٧ الطبعة الكبرى الأميرية — وفي جلة البيع الفاسد ما يقتضيه فيه شرط فية منفعة لأحد المتماقدّين لا يختصها المقد ص ١٤٣ حاشية العلي وصح اشتراط الشروط التي جرى به عرف ولوعند أهل بلد معين — فتح القدير ج ٥ ص ٢٢١ .

(٢) البدائم ج ٢ ص ١٦٦ — ١٧٠ .

التي يحققها الشرط هي محل النظر لأنها تكون خالية من الموضع عنها والعقد ما دام لازماً للجانبين كعقد البيع أو الإيجار فإن المفاوضة تكون جوهره ويجب أن تتحقق فيها الموازنة التي راعاها الشارع في حكم العقد ويكون اشتراط شرط زائد عن هذا الحكم وفيه منفعة لأحد المتعاقدين مما يفسد العقد ، ومثال ذلك بيع عبد بشرط استخدام البائع له مدة معينة فإنه فاسد لأنها لما قصدت المقابلة بين المبيع والمثلن خلا الشرط من الموضع <sup>(١)</sup> .

وجاء في تحفة الفقهاء للسرخسي في « البيع القاسد » منه البيع بشرط وهو أنواع إن شرط شرطاً يقتضيه العقد فالبيع جائز لأن هذا شرط مقرر موجب العقد فإن ثبوت الملك والتسليم والتسليم من مقتضى المفاوضات ، وإن شرطاً مالا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بموازاه كالأجل والخيار رخصة وتيسيراً فإنه لا يفسد العقد وهذا من باب الاستحسان والقياس أنه يفسد لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك في الحال في الموضين معاً - وإن شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع ، ولكنه يلازم العقد كالكفالة جاز وكذلك إذا شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا أنه متعارف جاز ذلك أيضاً أما إذا لم يتعارفه الناس فالبيع فاسد وهذا مذهب علمائنا لأن اشتراط المنفعة الزائدة في عقد المفاوضة لأحد المتعاقدين من باب الربا أو شبهة الربا <sup>(٢)</sup> .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٢٧ — ويقول الأستاذ الزرقا أن شدة اللعب الخفي في قاعدة المروط ترجع البالغة في التمسك بمبدأ التوازن في حقوق المتعاقدين الناشئة عن العقد — المجلد الفقهي العام ص ٤٧٩ .

(٢) تحفة الفقهاء للسرخسي طبعة دمشق، سنة ١٩٥٨ ج ٢ ص ٦٩ — ٧٠

ويمثل ما أوردناه نظرية مقتضى العقد، فإن مقتضى العقد هو ما يرتبه العقد من آثار والزامات على طرفيه ويعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه، فهي الغاية الأساسية التي جعل العقد طريقا إليها وذلك كانتقال الملكية بموضع في البيع والتملك بلا عوض في الهبة — ويصح البيع بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري وشرط حبس البيع لاستيفاء الثمن ولو شرط أن يقرضه البائع مالا ظهر القصاد وظاهر البحر ترجيح الصفة<sup>(١)</sup>.

وجاء في الدر المختار لو ظل بعتك بكذا على أن ترضى كذا جاز، وذلك يرجع إلى تقييد الشرط بأنه «ما يرد بلفظ الباء، وأن يكون الشرط في صلب العقد» وجاء في البسوط للسرخسي أما أن يشترطا شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في البيع فالبيع جائز — لأن هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيد شيئا.

وجملة ما يراه المذهب الحنفي يبين منه عدة أمور:

أولها: أن مدار بحث الشرط وهل هو فاسد ومفسد للعقد أم لا وهل هو جائز أم لا — هو الفائدة من وراء الشرط فإذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين زائدة عن مقتضى العقد قامت شبهة الربا لأن هذه الزيادة خالية من عوض — وذلك يؤكد ما نذهب إليه من أن جوهر النفوذ المزمع للجانبين هو في عملية الماوضة أو المبادلة التي نظمها الشارع الإسلامي، والتي تعتبر في الواقع أساس التزام المتعاقدين قبل المتعاقدين الآخر متى تمت على الوجه الذي أراده الشارع.

ثانيها: أن الأصل في المذهب الحنفي في الشروط العقدية هو الحظر وأساس

(١) ابن عابدين ص ١٦٨ — ١٦٩ مطبعة دار سماعات.

هذا الخطر أن الشارع قد حدد آثار العقد أو على وجه آخر وضع لكل عقد مقتضاه بما يحقق التوازن بين حقوق والمقاد والتزاماته .

ثالثها : أن الخروج عن الخطر يجب أن يكون لسبب ، فإما أن يكون الشرط موافقا لمقتضى العقد كاشتراط ثبوت الملك مثلا المشتري أو اشتراط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، وفي الواقع أن في اشتراط ذلك لنفوه لأنه ثابت بمقتضى العقد ، وإما أن يكون للشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط الكفيل بالثمن أو اشتراط تقديم رهن به ، وإما أن يكون العرف قد جرى باشتراط هذا للشرط ومحة هذا الشرط تأتي عن طريق الاستعسان إذ هنا شرط زائد على مقتضى العقد وغير مؤكده وفيه منفعة لأحد المقادين فهو فاسد قياسا ولكن الإمام وصاحبيه ، أجازوه استعسانا للعرف الذي يجرى به<sup>(١)</sup> وأخيراً فقد يرد من الشارع ما يدل على محة اشتراط شرط معين في العقد ومثل ذلك خيار الشرط فإنه لما أجاز الشارع أن يشترط أحد المقادين أن يكون له نسعة من الوقت يعدل فيها عن التعاقد في مدة معينة . كان هذا الشرط صحيحا لورود الشرع به .

رابعاً : أن العقود التي تفسدها الشرط هي عقود المبادلات المسالية أو المعاوضات فالشروط الفاسدة تفسد البيع والإجارة والتقسمة والمباح على مال والمزارعة والمساقاة ، وهذا يدل بوضوح على أن الهدف من نظرية الشروط كما قلنا هو الإيقاع اختلال في المعاوضة لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر<sup>(٢)</sup> .

---

(١) والعرف العام يميز العرف الخاص في خلاف كعرف أهل بلد معين —

النجوى على الأعيان ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) وقد جعل بين الفقهاء الرجة وعزل الوكيل وغيرها مما ليس بقود معاوضات مما

تفسده الشروط — الزيلعي ج ٤ ص ١٣١ — ١٣٣ .

خامسا : أن تحليل فساد العقد يرجع إلى أن اشتراط منفعة زائدة على أصل العقد بعد ربا لأنه ينال من عوض يقابله والعقود التي تتضمن المماوضة يفسدها الربا<sup>(١)</sup>.

سادسا : أن الحنفية قد جماعوا مع الشرط الصحيح والشرط الفاسد الذي يفسد العقد نوعا ثالثا هو الشرط الباطل وهو ما ليس موافقا لمقتضى العقد ولا مؤكدا له ولم يرد به الشرع ولم يجر به عرف وليس فيه قبح لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الانتفاع وهذا الشرط يلغو ولا يؤثر على العقد بفساد أو بطلان إذ يبطل الشرط ويصح العقد .

سابعا : أن عقود النبرع كاهبة والنرض والماربة تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط كما جاء في الفتاوى الهندية<sup>(٢)</sup> ، ولا تحليل لذلك إلا خلو العقد من المماوضة فلا يطلب التكافؤ في مضمون العقد ، وقد يحجج بالنسبة لهذه العقود بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » فإن ذلك يفيد بطلان الشرط ولا مانع من أن يصح العقد ويلغى الشرط الباطل .

ومع ذلك فإننا نرى أن المذهب الحنفي — بعد أن أخذ بالشرط الوارد بنص من الشارح ، والشرط الذي جرى به العرف ، والشرط الذي يؤكد مقتضى العقد ، وبعد تفرقه بين الشرط الفاسد والباطل الذي يلغو ويصح العقد . قد اقترب من التوسعة التي تقتضيها الإباحة وإن كان الأصل عند المظفر<sup>(٣)</sup> .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢١٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٩٦ .

(٣) راجع المدخل لفتح الإسلام — سلام مذكور ص ٦٦٤ .

### رأى المالكية

وللمالكية في تطبيقاتهم للشروط المقررة بالقود أشد توسعة من الحنفية فهم يميزون بعض الشروط التي لا يميزها قياس الحنفية ، كاستثناء ركوب الدابة يوماً أو يومين بعد بيعها<sup>(١)</sup> والبيع للفترة بالشروط في مذهب مالك أربعة أحدها يفسخ به البيع على كل حال ولا خيار في الربا والفرق في الثمن أو للشئون وما أشبه ذلك ، والثاني يفسخ به البيع مادام مشروطه متمسكاً به فإن رضی بترك الشرط صح البيع إن كان لم يفت فإن كان قد فات كان الأقل أو الأكثر من الثمن أو القيمة ، والثالث يجوز فيه البيع والشرط إذا كان الشرط صحيحاً ولم يؤل به البيع إلى غرر كشرط سكنى المأوى لمدة معلومة والراجح يجوز فيه البيع وفسخ الشرط وهو ما كان فيه الشرط غير صحيح إلا أنه ضعيف فلم يقع عليه حصه من الثمن كما لو اشترط إسقاط الجامعة لأن ذلك غير مقبول<sup>(٢)</sup> . ويستثنى من ترك الشرط وعدم التمسك به ترك الخيار إلى أجل بعيد لأن ترك الشرط ليس تركاً له في هذه الحالة وإنما ترك للبيع أى تنفيذ للشرط<sup>(٣)</sup> .

كما جاء في المدونة أن البيع والسلف فاسد ذلك أن السلف الذى يمر مقفلة هو أيضاً غير جائز<sup>(٤)</sup> ، والظاهر من تطبيقات المذهب المالكي أنه يوسع في الشروط أكثر مما رأيناه في للمذهب الحنفى ذلك أن البيع بشرط رهن حق ولو لم يبين جائز ، وإن باع مع حمل للبيع دون بيان الحمل جاز أيضاً<sup>(٥)</sup> مع أن

(١) المدونة الكبرى ج ٣ ص ٤٢٢ .

(٢) مقدمات ابن رشد — مطبوع مع المتنوعة ج ٣ ص ٢٠٥ بصرف يـمـر .

(٣) للرجع السابق .

(٤) المدونة ج ٣ ص ١٩٣ — ١٩٤ .

(٥) الخطاب ج ٤ ص ٣٧٥ .

للذهب الخفي يشترط كون الرهن المشروط معلوما وكذلك في الحمل إلى المشتري<sup>(١)</sup>.

ويظهر مما تقدم أن ما يميز المذهب المالكي عدة أمور :

أولاً : أن النفعة التي تعود على الماقد من اشتراط الشرط ليست هي كل شيء في بيان حكم الشرط فإذا كانت هذه النفعة لا تمنع الماقد الآخر من حق إعطائه للشارع جاز اشتراط النفعة كركوب الدابة المبيعة يوماً أو اثنين وسكنى الدار المبيعة شهراً مثلاً ، ولكن إذا كان الشرط يمنع الماقد الآخر حقاً أعطاه الشارع له لم يكن الشرط جائزاً كاشتراط عدم بيع المبيع وتلليل ذلك واضح لأنه متناف لمتقاضى العقد فلا يصح ، إلا إذا كان المنع لمصلحة جهة بر وبشرط أن يكون البر المطلوب مجبلاً حتى لا يؤول العقد أو الشرط إلى القدر ، ومثل ذلك أن يشترط جبل المبيع من الأرض والبناء ممجداً فيكون ذلك مجبلاً ولا يترك فيه الأجل من غير تعيين .

ثانياً : أن نظرة المالكية إلى اختلال الماوضة نتيجة للشرط هي نفس النظرة الثالبة على المذهب الحنفي ، فإذا كان اختلال الماوضة كما ورد في المقدمات لابن رشد يسيراً أو ضعيفاً بحيث لم يجعل شيء من الثمن في مقابلته صح العقد ولو أن الشرط غير صحيح ، فذلك فإن الشرط الذي قد تختل معه الماوضة قد يقبل إذا كان الإخلال لصالح جهة بر لا لصالح أحد المتعاقدين — أو كان الإخلال يسيراً .

ثالثاً : أن الشروط عند المالكية ثلاثة أقسام شروط تبطل هي والبيع

---

(١) التحرير المختار لرد المختار لفرانس ج ٢ ص ١٢٥ .

مما وشروط تجوزها والبيع مما وشروط تبطل ويثبت البيع ، ويقول ابن رشد أنه يظن أن عنده ( الإمام مالك ) قسماً رابعاً وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف عسير<sup>(١)</sup> ، والواقع أن المذهب المالكي قد انفرد بهذا القسم الأخير من الشروط الذي أورده ابن رشد — وهو صحة العقد مع التنازل عن الشرط للبطل — وهو يشير إلى الحكمة من نظرة المالكية إلى الشروط وفسادها وفسادها العقود التي تقترب بها فيقول : « وإتمامها راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفى الفساد الذي يخل بصحة البيوع وما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصاً في الملك<sup>(٢)</sup> ، فالشروط تفسد العقود لأنها تخل بالمعاوضة كالربا والغرر سواء بسواء .

رابعاً : أن من يتتبع تطبيقات المالكية يرى أن الشروط عندهم في الواقع تصح إذا لم يخالف مقصود العقد ولم تود إلى الإخلال به لأن ذلك فيه مصلحة للمعاد الذي اشترط ولا يؤدي إلى محذور — أما إذا كان الشرط مؤدياً إلى الإخلال بمقتضى العقد كتحريم بيع المشتري أو اشتراط انتفاع المرتهن بالرهن فإن ذلك الشرط يكون فاسداً ويبطل العقد<sup>(٣)</sup> ، وفي تحريم بيع المشتري إذا كان عبداً — فقد قال المذهب الحنفي بفساد شرط العتق وهو بيع العبد بشرط عتقه لأن هذا الشرط فيه منفعة للبيع ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاها إذا البيع يوجب الملك والعتق يزيله فلا تكون بينهما ملازمة وينهب الحنفية<sup>(٤)</sup> إلى ذلك أخذاً بقاعدتهم في الشروط وعلى قياسها — أما المالكية

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) أحكام المسائل الشرعية لمول الحنفية ص ٢١٣ .

(٤) لإرواية عن أبي حنيفة في صحيح شرط العتق — فتح القدير ج ٥ ص ٢١٧ .



فيصح عندهم هذا الشرط لأنه يتضمن مصلحة للمبيع الأدنى ولا ينافي مقتضى العقد ولا يؤدي إلى الإخلال به .

ومن ذلك نرى أن للذهب السالكي أشد توسعة في الشروط من للذهب الخفي الذي أخذ بقاعدة في الشروط وأجرى قياسها وهذه القاعدة يراعى فيها في المقام الأول حفظ التوازن في مضمون العقد بين العاقدين . على أن الذهب السالكي يراعى أيضاً حفظ التوازن في مضمون العقد الملزم للجانبين إلا أنه يخرج عن ذلك إذا كان اختلال الموازنة بسبب صالح جهة بر أو مصلحة المبيع إذا كان آدمياً . كما يخرج عنها إذا انتفى الإخلال بتنازل صاحب الشرط . من التمسك به أو كان الإخلال يسيراً ، والذي يدل على أن المذهب المالكي يرفع أيضاً حفظ التوازن في مضمون العقد الذي يتضمن مبادلة أن المذهب السالكي حل نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع وشط على وجهين :  
أولهما : الشرط الذي يناقض مقتضى العقد .

والثاني : الشرط الذي يوجب خلل في الثمن . فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم منه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب وهذا إذا عم أو استثنى قليلاً — أما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز — « مثل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على البائع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يفتق حتى يعطى الثمن فقال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن » <sup>(١)</sup> .

ويقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق في العقد الإسلامي أنه يبدو أن المذهب المالكي قد تخطى عقبة في تصحيح الشروط لم يجاوزها المذهب الحنفي أو الشافعي وهي مبدأ وحيدة «الصيغة» . إلا في مسألة

(١) المطاب ج ٤ ص ٣٤٤ .

البيع واللف ، وأن الذنب المالكى لا يجاوز للشرط الفاسد فيه منطقة معقولة وإن ذلك واضح فى الشرط الفاسد الذى يبطل العقد والشرط الفاسد الذى يبطل وحده ويبقى العقد<sup>(١)</sup> ، والواقع أن بطلان الشرط الذى يحل بمقصود العقد واضح وإبطاله للعقد للقرن به نتيجة سليمة ، ومع ذلك فقد خفف للذهب المالكى ذلك الشرط أيضاً وصححه إذا لم يكن للمنع من التصرف مطلقاً بل محلاً للمنع من التصرف لمعين محسب .

#### رأى الشافعية :

والشافعية يقتربون فى نظرتهم للشرط المقرنة بالعقد من نظرة الحنفية فهم يأخذون بمبدأ وحدة الصفقة ، وهذا المبدأ يضيق كثيراً من قاعدة للشرط فيجعلون شراء زرع بشرط حصده أو شراء ثوب بشرط أن يغطيه البائع باطلاء ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله لمنزله لم يصح وإن عرف المنزل لأنه بيع بشرط وإن أطلق صح العقد<sup>(٢)</sup> ولم يكلف بتنفيذ الشرط ، غير أن المذهب المالكى قد استثنى من القاعدة وهى حظر البيع والشرط أحوالاً تدعو فى العمل إلى الاستثناء للحاجة إليها مثل الرهن والكتيل<sup>(٣)</sup> . كما استثنى أيضاً بيع العبد بشرط عقه من المشتري وذلك لتشوف الشارع إلى العتق « وقد رأينا أن المذهب الحنفى لا يميز هذا الشرط » .

والشرط الذى يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه صحيح فى المذهب .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى السهوى ج ٣ ص ١٣٨ .

(٢) نهاية المحتاج الرمل ج ٣ ص ٤٣٥ — واليم بشرط قرض أو بشرط حصد الزرع

باطل — الوجيز لقرالى ج ١ ص ١٣٨ .

(٣) المرجع السابق — وفى الشروط التى تعترض فى الرهن فومان ما يثير موجب الرهن

وما لا يثيره — الوجيز ج ١ ص ١٦١ — ١٦٢ .

الشافعي<sup>(١)</sup> لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله . أما إذا شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه مصلحة كاشتراط الرهن مثلاً فإن العقد لا يبطل لأن الشرع ورد بذلك<sup>(٢)</sup> ولأن الحاجة تدعو إليه ، ومن أمثلة ما ورد الشرع به شرط عتق العبد المبيع لأن السيدة عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة لعتقها وأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم اشترها وأعتقها فإنما الولاء لمن أعتق . غير أننا نلاحظ هنا أن عائشة رضى الله عنها قد عدلت بريرة بعتقها بعد شرائها ، وبريرة وإن كانت من أهل استحقاق المنفعة بالعقد لأنها مبيع آدمى إلا أنها ليست طرفاً في العقد ، ولم تشتتر عائشة رضى الله عنها بشرط العتق ولم يبع لها من باع بهذا الشرط وإنما إذا أردنا أن نحدد الشرط في هذه الصفة فهو الشرط الذي أبطله الرسول صلى الله عليه وسلم وهو رغبة الأهل في اشتراط الولاء لهم دون العتق .

وقد كان فإن ما ورد به الشرع يتعلق صراحة ببطان شرط الولاء لنهر من أعتق ولا يتعلق بحكم الشراء أو البيع بشرط العتق إلا دلالة - في قوله صلى الله عليه وسلم اشترها واعتقها - فلو كان معلوماً أن عائشة رضى الله عنها تشتري العتق وبشرطه ، أو كان معلوماً أن من باع إليها رضى الله عنها باع بشرط العتق لكان ذلك جائزاً أيضاً لتشوف الشارع لالتمس على حكم الشرط .

(١) وبذلك فإن الشرط الذي يقتضيه العقد صحيح عند المائتية وكذلك الشرط الذي فيه مصلحة تنود على العقد أو المائتين أو إحداهما كاشتراط لأشهاد على البيع أو الرهن وفي الواقع أن هذه الشروط تؤكد مقتضى العقد — والنوع الثالث ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولكنه ليس من مقتضى العقد وهو مجل للعقد سواء في المعاولات أو التبرعات راجع رسالة ذكرى الدين شعبان في الشروط ص ١١٧ — ١١٨ .

(٢) ويبدو أن المذهب الشافعي لا يرى تصحيح الشرط الذي يجري به العرف — نهاية

فالشافعية إذا يميزون الشرط الذى يقتضيه العقد وهذا واضح ولا خلاف فيه فى المذاهب ، ويميزون أيضا الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولكن فيه منفعة للعقد كشرط الرهن أو الكفيل وهناك شروط لا فائدة فيها لأحد وهى لا تنفسد العقد إذ يلفو الشرط ويصح العقد .

ويدخل فى الشرط الذى فيه مصلحة العقد الشرط الذى تدعى إليه الحاجة . على أن الواضح أن الأصل فى المذهب الشافعى هو حظر البيع والشرط وأنه أقل إباحة للشروط من المذهب المالكى كما سبق أن بيناه .

#### قاصرة الشروط عند المتأخرين :

رأينا فيما سبق أن الأصل فى الشروط يكاد أن يكون هو الحظر فى المذهب الحنفى والشافعى والمالكى ، وذلك الأصل ترد عليه استثناءات عديدة للنص أو العرف كما فى المذهب الحنفى وللصلحة كما فى المذهب المالكى الذى يوسع فى الشروط إلى الحد الذى يجعلها تسد الحاجة العملية إلى حد كبير ، ونعرض هنا للمذهب الحنبلى الذى يميز بالتوسعة فى الشروط إلى الحد الذى يقارب ما عليه نظرة القانون إلى حرية المتعاقدين فى الشروط .

ويبدأ المذهب الحنبلى بصحة الشروط - هذا هو الأصل - والشرط الفاسد هو الاستثناء ويقول الإمام ابن تيمية : إن العقود إنما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه بدليل ، والأصل فى العقود رضى المتعاقدين . ونتيجتها ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد<sup>(١)</sup> .

والشرط الذى يقتضيه العقد كثيرون الملك للمشتري مثلا لا خلاف فى صحته فى

---

(١) خاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣٦ .

أى من مذاهب الفقه الاسلامى وكذلك الفقه الحنبلى . إذ وجود هذا الشرط وعلمه سواء فهو لا يفيد حكماً ولا يؤثر فى العقد<sup>(١)</sup> ، ويأتى بعد ذلك الشرط الذى يؤكد مقتضى العقد أو يلائم هذا المقتضى ومثاله اشتراط الكفيل بالثمن أو الرهن وذلك أيضاً محل اتفاق فى المذاهب الأربعة ، والمذهب الظاهرى أيضاً على أساس ورود النص به فى خصوص الرهن والكفالة .

أما الشرط الذى فيه مصلحة لأحد الماقدين ولا يلائم مقتضى العقد ومثاله أن يشترط سكنى اقدار الميصة شهراً أو حمل الحطب إلى منزل المشتري أو خياطة الثوب فإن المذهب الحنبلى يصحح هذه الشروط<sup>(٢)</sup> وعلى أساس أنها لا تنافى مقتضى العقد . فإدام الشرط لا ينافى مقتضى العقد فهو صحيح حتى ولو تضمن منفعة لأحد الماقدين ، وهذا وجه خلاف كبير بين المذهب الحنبلى إذا قارنناه بالمذهب الحنفى ، وكذلك بينه وبين المذهب المالكى والشافعى . فالمذهب الحنفى يمسك بمبدأ وحدة الصفقة ولا يمسك بها المذهب الحنبلى بل هو ينكر المبدأ ، والمذهب المالكى قد تخلى هذا المبدأ إلا فى البيع والسلف كما قدمنا ، والمذهب الشافعى يأخذ بالمبدأ ، ويفرّد المذهب الحنبلى بإنكاره ، على أساس ما روى جابر من أن النبی صلى الله عليه وسلم باع جملاً واشترط ظهره إلى المدينة كما أن النبی صلوات الله عليه وسلامه نهى عن شرطین فى بيع ، ولم ينه عن بيع وشرط بل إن النبی عن شرطین فى بيع مفهومه إباحة للشرط الواحد<sup>(٣)</sup> .

أما اشتراط ما ينافى مقتضى العقد كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع

(١) المغنى ج ٤ ص ٢٨٥ .

(٢) الشرح الكبير على المغنى ج ٤ ص ٤٩ - ٥٠ .

(٣) المرجع السابق .

ما يشتره أو يهبه أو لا يفتع به فهذه شروط فاسدة لأنها تنافي مقتضى العقد ولا خلاف في ذلك في المذهب كلها - أما تأثير هذا الشرط على العقد المقتن به ففى المذهب روايتان - المصوم عليه عن أحمد بن حنبل أن البيوع صحيح ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبى ثور ، والرواية الثانية أن البيوع فاسد وهو مذهب أبو حنيفة والشافعي<sup>(١)</sup> وهنا نرى للمذهب الحنبل في الرواية الأولى لا يحمل لهذا الشرط السلم بفساده جزاء فهو لا يبطل العقد للمقتن به ولا يفسده بل يلفو الشرط ، وقد قدمنا أن المذهب المالكي يحمل هذا الشرط لتوأك أحياناً ويميز العقد إذا تنازل صاحب الشرط عن شرطه . وفي مسألة بيع العبد بشرط العتق فقد جاء في الشرح الكبير أن شرط العتق فيه روايتان إحداهما أنه يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة رضى الله عنها اشترت برة وشرط أهلها عتقها وولاءها وأجاز النبي صلى الله عليه وسلم الشرط الأول دون الثاني والرواية الثانية أنه فاسد ، ويقول صاحب الشرح الكبير أنه ليس في حديث عائشة رضى الله عنها أنها شرعت لم العتق بل أخبرتهم به فحسب . أما شرط الولاء فهو لا يصح لأن الولاء لمن أعتق وقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة محمول على التسوية بين اشتراط الولاء أو عدم اشتراطه في النتيجة فهو ليس أمراً في الحقيقة<sup>(٢)</sup> وبطلان الشرط وصحة العقد قد ثبت بدليل شرعي هو قول

---

(١) الفتى ج ٤ ص ٢٨٠ - وقد قسم ابن قدامة الشروط إلى أربعة أقسام أولها : ما كان من مقتضى العقد . وثانيها : ما يتعلق به مصلحة الماقتن . وثالثها : ما ليس من مقتضى العقد ولا يتلقى مقتضاه كاشتراط منفعة للبايع أو اشتراط عقد في عقد . والرابع الشرط المتعلق بالمقتضى العقد - ج ٤ ص ٢٠١ - ٢٠٣ ط مطبعة الإمام - ولا خلاف في فساد الشرط الأخير وكذلك فساد شرطين في بيع « اشتراط عقد في عقد » .

(٢) الفرح الكبير على المفتى ج ٤ ص ٥٤ ، ٥٥ .

الرسول عليه الصلاة والسلام « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

ويعتبر الشرط فاسداً في المذهب الحنبلِي إذا ورد النهي عنه ومثال ذلك ما ورد النهي عنه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو شرطان في بيع وبيع وسلف<sup>(١)</sup> . وقد سبق أن ذكرنا أن مسألة البيع والسلف أخذ بها للمذهب الحنفي والمالكي والشافعي وأخذ بها المذهب الحنبلِي أيضاً . غير أنه بالنسبة لبيع القترن بالشرط فإن الحنابلة فرقوا بين وجود شرط واحد ووجود شرطين وهو ما صحح النهي عنه عندهم ولأن هناك فارقاً بين الشرط والشرطين لأن الضرر اليسير إذا احتل في العقد لا يلزم احتقال الكثير وحديثهم ( في الشرط الواحد ) ليس له أصل وقد أنكره أحد ولا نعرفه مرويّاً في مسنده فلا يعول عليه<sup>(٢)</sup> ، وأساس الأخذ بتعريم البيع للقترن بشرط السلف هو أنه يتضمن حقاً داخل عقد فهو اشترط البائع على المشتري أن يسلفه أو اشترط المشتري على البائع ذلك لم يصح للشرط والبيع باطل ، وسبب ذلك ما روى عبد الله ابن عمر من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ويظهر أن السبب في مسألة البيع والسلف ترجع إلى الاحتراز من الربا لأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض ورباه له وذلك ربا محرم كما لو صرح به ، ولأنه بيع

(١) إذ أن النهي عند الحنابلة من شرطين في بيع وليس عن بيع وشرط — كما قال أحد. أما الفرط الواحد فلا بأس به ويشترط أن يكون للفتنة المطلوبة وليست المحبوبة التي ج ٤ ص ٩٦ ط دار الناز .

(٢) الفرح الكبير ج ٥ ص ٥٣ . ويلاحظ أن تصحيح الفرط الواحد أساسه أن الإخلال بالمفاوضة معه يكون يسيراً .  
(٣) المنق ج ٤ ص ٢٨٥ .

فاسد فلا يبد صحيحاً « كالأول باع درهمين بدرهم ثم ترك أحدهما<sup>(١)</sup> » .

على أن الحائبة في تطبيق النهى عن بيعتين في بيعة لم ينجحوا منهج الحنفية فكل شرط زائد على مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد الماقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق بالعقد . لا يعتبر صفتين في صفقة بل ذلك عند الحائبة خاص بحال ذكر عقدين في عقد<sup>(٢)</sup> وبذلك يضيق نطاق تطبيق وحدة الصفقة فلا يعتبر منه مجرد الشرط الزائد عن مقتضى العقد وفيه منفعة للبائع أو المشتري مثلاً .

وستدل الحائبة على مذهبهم في أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ويقول عليه السلام « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » وبذلك لا يكون هناك تحريم حتى يقوم الدليل عليه من الشارع ويكون العقد أو الشرط صحيحاً ما لم يجرمه الشارع إذ الفساد يتبع الحرمة ، وبذلك يصح في عقود الماوضات شروط يستثنى البائع بمقتضاها بعض منفعة المبيع مدة محددة ويموز للمشتري أن يشترط على البائع حصد الزرع المشتري ويموز أن يشترط بائع العبد على مشتريه أن يمتقه ويسرى ذلك في الماوضات وفي الشروط التي تفرن بالتبرعات<sup>(٣)</sup> - وهو أولى إذ لا يطلب الماقد أو الشارع التكافؤ في مضون العقد .

وبذلك فإنه في المذهب الحنبل لا يفسد من الشروط المقرنة بالعقد إلا الشرط الذي ينافي مقصود العقد وفي هذه الحالة يكون الشرط باطلا كشرط

---

(١) المرجع السابق ص ٣٩١ .

(٢) للملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٤٥ الماش .

(٣) التناوى لابن تيمية ج ٣ ص ٧٧٨ .



منع المشتري من التصرف في الشيء المبيع ، وكذلك الشرط الذي يخالف إرادة الشارع لأن المكلف لا يستطيع بشرطه أن يحل حراماً أو يحرم حلالاً .

ومن هنا نرى أن المذهب الحنبلي في قاعدة الشروط قد وسع في الشروط إلى درجة القانون الوضعي تقريباً ، على ما هو معروف من الخلاف بين دور الإرادة في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره بين الفقه والقانون الوضعي ويرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة أن علم الإمام أحمد بن حنبل بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كمله أنها مقفلة<sup>(١)</sup> .

فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم منطق الفقه الأخرى الذي يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم الدليل على المنع . ولم يفرق الحنابلة في التوسعة في الشروط بين عقود الماوضات وغيرها من العقود فالشرط الذي يصح عندم يجب القضاة به<sup>(٢)</sup> سواء كان شرطاً في عقد زواج أو في عقد معاوضة وسند ذلك ليسهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استعملتم به القروج » ومثال هذا أن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح ألا ينقلها من دارها وقد أجازته المذهب الحنبلي استناداً إلى قضاء عمر بن الخطاب بصحة الشرط حين تحاكت إليه امرأة وزوجها وكان قد تزوجها على ألا ينقلها من دارها وأراد نقلها ، وقد اعترض الزوج بأن تنفيذ الشرط ين ، أن تستطيع الزوجة تطبيقه بقوله لعمر بن الخطاب « إذن يطلقنا » فأجابته عمر بن الخطاب « مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما شرطت »<sup>(٣)</sup> .

(١) ابن حنبل للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فقرة ٢٢٨ .

(٢) وقد أجاز المذهب الحنبلي طريقة التعاقد بالبرون ، واشترط أن يصح العربون للمنفوع من أحد الطرفين ملكاً للآخر إذا تكل الأول من إتمام الصفقة . الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٨٠ ، وأجاز الشرط الجزائي . أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٩ بناء على آثار وردت فيها .

(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ ، ٥٣ .

### الظاهرية والشروط :

وقبل أن ننهي من بحث الشروط التي تترن بالعقد نرى أن ننتقل إلى المذهب الظاهري وأصحابه أتباع داود بن علي الظاهري وم ناة قياس وغلاة في الأخذ بالنصوص على ظاهرها ، ولذلك فإن مسألة الشروط للقرنة بالعقد ليسهم تحكيمها بالنصوص ولا يدخلها قياس أو غيره .

يقول ابن حزم الظاهري في المحلى « إن كل شرط وقع في بيع منهما أو من أحدهما برضى الآخر فإنها ان عقده قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع بالضرر بالأبدان أو بالتضيير أو في أحد الوقتين بمعنى قيل للمعد أو بعده ولم يذكره في حين عقد البيع فالبيع صحيح تام والشرط باطل . فإن ذكرنا ذلك الشرط في حال عقد بيع فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل أى شرط كان<sup>(١)</sup> . ولم يجز ابن حزم سوى السبعة شروط التي ورد الشرع بها ، وهى اشتراط الرهن أو تأجيل الثمن إلى أجل مسمى أو إلى الليرة — واشتراط صفات للبيع — واشتراط الإخلاص وبيع العبد أو الأمة فيشترط للشترى مالها أو بمضه أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد ابرت فشترط المشتري الثمرة كلها أو بعضها لنفسه<sup>(٢)</sup> وسائر الشروط بعد ذلك باطلة وأورد ابن حزم في المحلى دليل ذلك من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : « أما بعد فإل أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله حق وشرط الله أوثق » . ثم أورد الدليل على صحة الشروط السبعة التي أجازها من قوله تعالى

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٢٢ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٤ .

« فإجاز اشتراط الزهن وقوله تعالى « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » . يميز الأجل للسعى أو إلى اليسرة بقوله تعالى « فظرة إلى يسرة » وأما اشتراط عدم الخلابة فيقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن كان يئبن في البياعات « مع وقل لاخلابة<sup>(١)</sup> » . وأما صحة اشتراط الصفات في المبيع فإن صفات المبيع هي التي يقوم عليها التراضي الذي نص الشرع على أنه أساس التجارة ، وأما اشتراط مال العبد أو ثمر النخل المؤثر قد روى عن طريق عبد الله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه للبائع<sup>(٢)</sup> » .

ويبلغ ابن حزم شبه الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وما روى — للسلون عند شروطهم — بأنه لا يختلف اثنان في أنه ليس على صومه ولا على ظاهره<sup>(٣)</sup> ، وأنه مادام المقد منها كونه فلا يدخل في صوم الأسر بالوفاء به . ثم أن ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من أن المسلمين عند شروطهم أو السلم عند شرطه فالحديث الأول في سننه كثير بن زيد وهو متروك باتفاق والوليد بن رباح وهو مجهول وأما حديث السلم عند شرطه فهو مرسل لا يصح عنده .

ويأخذ ابن حزم على للنهب الخفي والشافعي والمالك اضطرابهم وتناقضهم في تجوز بعضهم شروطاً لا يميزها الآخرون وكلها شروط باطلة عند ابن حزم . كما يأخذ على الشافعية أنهم لا يميزون شرط مال العبد أو ثمره

(١) المرجع السابق ص ٤٠٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤١٣ .

(٣) والتأويل أن يمتنع بذلك ابن حزم — مما يخالف أصل مذهبه في التمسك بظاهر

النخل المؤبر مع أنه شرط ورد به الشرع، وكذلك الخنفة والشافعية لا يميزون البيع إلى الميسرة ولا شرط علم الخلابة وقد تقدم أن أولها ورد في كتاب الله وتأتيها في قول الرسول عليه الصلاة والسلام .

ويقسم ابن حزم الشروط التي يمكن اشتراطها إلى شرط يبيع مالم يجب في النقد أو يوجب عملاً أو يمنع من عمل وذلك كله باطل لقوله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام » والعمل قد يكون بالبشرة أو بالمال وكل هذه الشروط باطلة إلا شرطاً جاء به النص من القرآن أو السنة<sup>(١)</sup> ولا يميز ابن حزم أن يقتصر البيع بشرط أو شرطين ، ذلك لأن حكم الاقتران بشرطين ( وقد أخذ بالتهى عنه المذهب الحنبلي ) صح أنه الفساد وطلان النقد ويبقى بعد ذلك حكم الشرط الواحد وليس في منع الشرطين إباحة للشرط الواحد بل إن حكم الشرط الواحد يكون مسكوتاً عنه وهنا يكون حكمه من قولة رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

#### مقارنة وتعليل :

ذكرنا في مبدأ بحث الشروط المقترنة بالمقود أن الفقه الإسلامي في مجموعه يبحث مسألة الشرط داخل نطاق للمفاوضة وهي جوهر العقد الملزم للجانبين ويظهر ذلك واضحاً أشد الوضوح في المذهب الحنفي ، وما ذكرناه من أقوال فقهاء هذا المذهب يتضح منه أن الفكرة الرئيسية في بطلان الشرط وتأثيره في العقد هو أن الشرط أدى فيه مصلحة لأحد الماقدين لا يقتضيها العقد

(١) المرجع السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ - والاستدلال بالحديث على منع الشروط ضعيف لأن الحديث يبيد عن ذلك بنصه أو إشارته .

تخلو من العوض وكل ما يخلو من العوض هو ربا أو يوقع في شبه الربا، إذ الربا في جوهره ليس سوى فضل مال ينير عوض في مبادلة مال بمال، ولم يميز المذهب الحنفى سوى ما ورد به نص اتباعاً لحكم الشارع أو ما جرى به العرف أو لآراء المقد وإباحة الشرط الذى يلائم المقد هو من باب الاستعسان عند الحنفية وكذلك ما يبيعه العرف، ويكاد المذهب الشافى أن يفتى مع المذهب الحنفى فى إباحة الشرط الذى يلائم المقد وتدعو إليه الحاجة والعرف غير أنه يميز الشرط الذى يلائم المقد كأصل وليس كاستثناء، والمذهبان على اتفاقهما فى التضييق فى قاعدة الشروط ينظران إلى أن الشرط الذى لا يجوز فيه مضمة لأجلها عوض من جانب أحد الطرفين، فالعاقبة يجب أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون المقد، ومقتضى المقد وهو من تحديد الشارع يحقق هذا التبادل والشروط التى يضمها المتعاقدان تبطل وتفسد المقد إذا أخلت بهذه المعاقبة.

وللمذهب المالكى قد تحرر بمض الشئ من النظرة التى غلبت على للذهبين الحنفى والشافى. فهو وإن لم يميز أن تعدد الصفقة - أجاز الشرط الذى فيه مصلحة لجهة بر وأجاز الشرط الذى لا ينافى مقصود المقد وبذلك قد وسع كثيراً من دائرة الشروط، ويكشف النظر فى قواعد الحنفية أنهم أيضاً يسامحهم بالشروط التى جرى بها العرف وإن كان على سبيل الاستعسان - قد وسعوا من قاعدة الشروط إلى الحد الذى لا يضييق معه التعامل إذ العرف يتخير وحكمه يبق.

ويبقى بعد ذلك منهيان على طرفى تقيض. للمذهب الحنفى وقد رأينا خلافه مع المذاهب الأخرى فى أن الأصل عنده إباحة الشروط وهذا الأصل عديم مبرود إلى إنكار ماورد مقيداً له كما ذكرنا، وما دام الأصل صحة الشرط

المقترن بالمقد فإن الفساد لا يلحق إلا شرطاً يتناقى مقصود المقد أو شرطاً يخالف مقصود الشارع ولا جدال في أن كلا الشرطين خليق بالفساد وليس في فساد أو فساد المقد به ما يضيق على الناس .

وللذهب الآخر هو المذهب الظاهري ، وقد رأينا أن الأصل فيه الخطر وأن الشرط الصحيح هو ماورد من الشارع بإباحته ، وقد كان ذلك في رأى ابن حزم الظاهري سمة شروط استقائها من الكتاب والسنة وأشرنا إليها من قبل ولا جدال في أن ذلك للذهب يضيق من قاعدة الشروط إلى الحد الذى يضيق به الناس في معاملاتهم<sup>(١)</sup> - مع ضعف دليله على هذا الخطر .

#### صبراً ومرة الصفقة وصلت بالمعاصرة :

ويقول الأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهورى في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامى - أن مبدأ وحدة الصفقة قد سيطر على للذهب الحنفى وللذهب الشافعى في مسألة الشروط وأن للذهب للالكى استطاع أن يطرحه إلى حذما وأن للذهب الحنبلى لم يأخذ به - ويقول إن وحدة الصفقة ليس إلا ضرباً من الشككية أكثر تهذيباً في الفقه الإسلامى منه في القانون الرومانى حيث كانت الشككية رسوماً وأوضاعاً ساذجة .

ووحدة الصفقة في نظر الأستاذ السنهورى : هى كما كانت في القانون الرومانى القديم - مرحلة من مراحل التطور في الصياغة القانونية ، ويسند الأستاذ الكبير رأيه بما قرره العلامة الألمانى اهرنج من أن الصياغة القانونية المهذبة في نظام قانونى محكم تقتضى في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية

---

(١) راجع أيضاً الدكتور سلام مذكور في السجل ص ٦٦٢ .

من طريق التحليل والتقسيم وذلك بنية الوصول إلى العناصر الأولى التي تكون منها أدوات الصياغة القانونية ومن أهم أدوات هذه الصياغة العقد وهو الذي ينشئ الحق<sup>(١)</sup>، وقد درس اهرنج تطور الصياغة القانونية عند الرومان وخلص إلى أنه في القانون الروماني في مرحلة معينة من مراحل تطوره كان يأخذ بوحدة المعوى ووحدة العقد — وأن العقد بذلك كانت تسوده البساطة فلا يشمل إلا صفقة واحدة ولا ينشئ إلا حقاً واحداً<sup>(٢)</sup> ولا يجوز أن يجتمع في عقد واحد حقان — حق عيني وحق شخصي — وإذا تضمنت العقود عدة حقوق وجب أن يمتد كل عقد بقدر عدد الحقوق الناشئة عنه .

فإذا أراد المولى أن يمتنع عبده مثلاً وأراد في الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد المتق، لم يستطع المولى أن يجمع بين المتق واشتراط خدمة العبد المتق بشرط في العقد ذاته ، بل تعين عليه أن يمتنع العبد بتصرف قانوني قائم بذاته غير مقترن بأى شرط ثم يشترط عليه الخدمة في عقد آخر متميز عن العقد الأول<sup>(٣)</sup> .

ويقتهى الأستاذ السهوري إلى صدق نظرة اهرنج في تطور الصياغة القانونية على الفقه الإسلامي ويستدل على ذلك بمبدأ وحدة الصفقة ، ويستدل منه على أن الفقه الإسلامي لم يتصل بالقانون الروماني لأنه قال بوحدة الصفقة في الوقت الذي كان فيه القانون الروماني قد وصل إلى الصياغة القانونية التي تركت مرحلة القول بوحدة الصفقة ، وأنه لو كان الفقه الإسلامي قد أخذ

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي — ج ٣ ص ١٥٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٣) المرجع السابق .

بفكرة وحدة الصفقة من القانون الروماني لأخذها وهي متطورة في الوقت الذي يقال فيه باتصال الفقه الإسلامي بالقانون الروماني .

غير أننا نرى فارقا — مع تسليمنا بدقة تحليل اهرنج للصياغة القانونية في القانون الروماني كما عرضها الأستاذ الدكتور السهوري — بين الفقه الإسلامي وبين القانون الروماني في النظرة إلى فكرة وحدة الصفقة .

ففكرة وحدة الصفقة في مرحلة من مراحل الصياغة القانونية في القانون الروماني يصبح القول أنها ناتج البيئة والزمن في وقت معين وأن القانون الروماني في هذه المرحلة قد أخذ بها إذ لا يمكن أن يكون المشرع قد أوجدها من العدم بل هي ناتج البيئة والزمن في الصياغة القانونية . أما في الفقه الإسلامي فالفكرة لها سند من التشريع عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم تكن معروفة من قبل فلم يكن العرب قبل التشريع الإسلامي يضمون قيوداً على تعدد الصفقة في العقد حتى تكون القاعدة الشرعية تنظيماً مستمداً من مرحلة تاريخية معينة في الصياغة القانونية ، وإنما كان منع تعدد الصفقة تشريفاً مبتدأ لا يمثل في نظرنا مرحلة من مراحل الصياغة القانونية ، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ وحدة الصفقة في العقد كان في مرحلة من مراحل التطور في القانون الروماني تعبيراً عما وصلته الصياغة القانونية فيه في هذه المرحلة ، وليس شيئاً آخر إذ انتهى العلامة الألماني اهرنج إلى أن مبدأ وحدة الصفقة في العقد هو من ضرورات الصياغة القانونية في مرحلة معينة .

أما في الفقه الإسلامي فإن هذا المبدأ — مع الخلاف فيه — ليس ضرورة من ضرورات الصياغة الفقهية فحسب ، لأنه يمثل جانباً من فكرة عامة في تنظيم العقود في الفقه الإسلامي ، وهي تحقيق التوازن في مضمون العقد بين الماقدن



جوبداً وحدة الصفقة في العقد في نظر من يتشددون في الأخذ به يمثل فكرة معينة وهي أن العقد الذي يتضمن صفتين قد يحتل فيه الماواة لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر ، وقد يمر إلى الربا أو منطلته ، ويدل على ذلك النهى الصريح عن القرض والبيع في عقد واحد وقد سبق أن أشرنا إلى أن الفقهاء علوا منه بخوف التوصل منه إلى الربا .

وأخيراً فلننا نرى أن إباحة الحنفية للشروط المقرنة بالعقود والتي جرى بها العرف أو تلائم العقد وغيرها من الشروط التي أباحها للمذهب المالكي وسبق أن ذكرناها . كل ذلك ليس مجرد تطور في مبدأ وحدة الصفقة وليس مجرد فتح ثغرات في هذا المبدأ<sup>(١)</sup> وإنما هو تقدير للعبة التي أوجبت عند من صحح المذهب أن الشارع قد قرره ، وكل الاستثناءات تنجبه في الواقع إلى أن الشرط الذي يلائم العقد يؤكد لقتضاء الذي فرضه الشارع ، وأن العرف قد يصحح شرطاً على سبيل الاستعسان أو أن جهة بر معينة قد تستفيد من الشرط الذي اشترطه الماقدان أو أحدهما كما في للمذهب المالكي ، ويقض من ذلك أن الاستثناءات التي وردت في المذهبين الحنفي والمالكي أو المذهب الشافعي . ليست تطوراً لمبدأ وحدة الصفقة بقدر ما هي مراعاة للحاجة والمصلحة<sup>(٢)</sup> إلى جانب ما استهدفه الشارع من النهى عن تمدد الصفقة حفظاً لتوازن بين حقوق الماقد والتزاماته في العقد ، وهذا النهى عن تمدد الصفقة إن صح لا يمثل مع بيان حكمته كما أسلفنا . مرحلة من مراحل الصياغة القانونية .

(١) المرجع السابق ص ١٦٨ — ١٨٦ .

(٢) ويكشف ابن القيم الفقيه الضليل عن ذلك بصراحة ووضوح فيقول إن وضع الشروط في العقود ياتولعها قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة — أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٢٢ — ٢٤٨ .

### الشرط في القانون :

القاعدة العامة في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين والعقد قد يتضمن شروطاً يضمنها المتعاقدان وهذه الشروط يجب الوفاء بها طبقاً للعقد إذ الشرط إذا كان صحيحاً يعتبر جزءاً من العقد نفسه .

أما إذا كان الشرط باطلاً فلا اعتداد به إلا إذا كان هو المانع الرئيسى على التعاقد فيبطل باعتبار أن العقد ما كان ليم لولا هذا الجزء الباطل فيه ، وذلك بحكم المادة ١٤٣ مدنى ؛ كما يبطل إذا أخذنا بنظرية الباعث المانع فى سبب الالتزام لعدم مشروعية السبب (م ١٣٦ مدنى) وقد يبطل الشرط بحكم القانون مثل شرط الوفاء بالذهب فى المعاملات طبقاً لقانون ١٩٣٥/٤٥<sup>(١)</sup> .

ويبطل كذلك اشتراط تمكك الراهن للمدين الرهونة عند العجز عن الوفاء فى الأجل المحدد طبقاً للمادة ١/١٠٥٢ مدنى ، ولا يصح اشتراط المنع من التصرف فى المال محل العقد أو الوصية إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معينة والباعث المشروع هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير والدة المعقوفة هى مدة حياة أحد هؤلاء (م ٨٢٣ مدنى) .

وقد أبطل القانون أيضاً شرط البائع الاحتفاظ بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة طبقاً للمادة ٤٦٥ ، وهو المعروف ببيع الوفاء .

والتاعدة كما ذكرنا أن الشرط فى القانون يبطل إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ويبطل معه العقد إذا كان الشرط هو الباعث المانع على التعاقد ،

---

(١) الوسيط ج ١ ص ٥٤٨ .

ويصبح ماعدا ذلك من الشروط إلا ما استثناءه المشرع بنص خاص كما في الأمثلة التي ذكرناها .

غير أن المشرع قد نص في المادة ١٤٩ مدني على حق القاضى في تعديل المقعد الذى يتضمن شرطا تصفيا طبقا لما تقتضى به العدالة إذا كان المقعد قد تم بطريق الإذعان ، وأبطل المشرع كل اتفاق على خلاف ذلك .

ونلاحظ أن بعض الشروط التي أبطلها القانون تخالف مقتضى العقد كما في إبطال بيع الوفاء لأنه يخالف ما يقتضيه العقد من نقل الملكية في الحال ، وكذلك شرط المنع من التصرف لأن العقد يفيد الملك وشرط المنع من التصرف يناق الملك . كما أن تعديل القاضى لمقد الإذعان يلحقاء الطرف المذعن من الشروط التصفية ( م ١٤٩ مدني ) هدفه كما هو واضح تحقيق العدالة في المعايضة والتي لم تتحقق بسبب ظروف انعقاد العقد مع أن كلا من طرفيه رضى به والأصل أن المقعد شريعة المتعاقدين ، وقد خرج المشرع عن هذا الأصل مراعاة لاعتبار على هو ظهور دور إرادة طرف من أطراف العقد على دور الإرادة الأخرى ( إرادة المذعن ) ظهوراً ينافى في وضع شروط العقد وهذا هو السبب في تجريد عقد الإذعان من صفة العقد في رأى بعض الفقهاء<sup>(١)</sup>.

---

(١) راجع ما تقدم من ٢٥٤ الخامس .



## الفصل الثالث

### اختلال المعاوضة بسبب ظروف العقد

#### المعاوضة وظروف العقد :

سبق أن ذكرنا أن المعاوضة التي يعتبرها الشارع يشترط فيها أن تكون مؤدية إلى التوازن بين حقوق الماقد والتزاماته في العقد ، وهذا التوازن قد يفوت في الربا أو الغرر أو عند اقتران المعاوضة بشرط لمنفعة الماقد لا يكون من مقتضى العقد على التفصيل الذي أسلفناه من قبل ، وهناك سبب آخر تختل به المعاوضة ولا يعتبرها الشارع ، وهذا السبب يتمثل في الظروف التي قد تحيط بمقد معين فتجصل اختلال المعاوضة غالباً ولذلك أبطل الشارع هذا العقد بسبب اختلال المعاوضة فيه ؛ لأن الحكم ينفى على الغالب

فالشارع يعلق أهمية كبرى على التوازن في مضمون العقد الملزم للجانبين أي على التوازن بين حقوق الماقد والتزاماته الناشئة من العقد ، ولذلك كان تنظيم الشارع للمعاوضة وهي جوهر العقد الملزم للجانبين ، ولا يكفي الرضا وحده لسلامة العقد فلا يجوز أن يتراضى الماقدان على الربا وهو يخجل بالمعاوضة يقيها ولا أن يقبلا شرطاً يؤدي إلى ذلك ولا يستطيع الماقدان أن يعقدا عقداً فيه غرر ويتراضيان على أن على أن يمتنع أحدهما التزم كله والآخر التزم كله بحسب ما يؤدي إليه العقد . كما يمتنع عليهما أن يتراضيا عقداً يظهر فيه بسبب ظروف عقده معق اختلال للمعاوضة .

ونتناول فيما يلي بإيجاز طائفة من العقود التي نهى عنها وجمع بينها جميعاً

أن الماوضة تختل فيها ، أو على الأقل يكون اختلاها محتملا بسبب الظروف التي يتم فيها المقد .

### النصوص :

عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلقوا الركبان للبيع ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض » ، وقال : « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » <sup>(١)</sup> .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلقوا الركبان للبيع ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد » .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش .

وروى مسلم في صحيحه عن ميمون بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحتكر إلا خاطيء » <sup>(٢)</sup> .

وتتناول هذه الأحاديث أنواعا من للماملات في البيوع يجمع بينها أن طريقة المقد أو ظروف إتمامه تفسد الماوضة وتجعلها غير مؤدية في النالج إلى التوازن المطلوب في حقوق الماقد والتزاماته ، بينه وبين الطرف الآخر في المقد .

(١) صحيح مسلم يفتح النووي ج ٤ ص ٨ — صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٣ ، والله أنه يضمن غرراً .

(٢) وهذا الحديث ورد في صحيح سنن المصطفى أن في إسناده ضعف من ناحية علي بن يزيد بن جعدان ، غير أن أحاديثاً تخيد معناه وردت في الاحتكار — سنن المصطفى ج ٢ ص ٧ ويراجع "طرق العكية" ص ٢٨٤ إذ أووده في النهي عن الاحتكار .

### تلقى الركابه :

وصورة هذا البيع أن يعمد المشتري إلى الشراء من البائع قبل أن يصل بسلعته إلى السوق فلا يكون البائع قد عرف السعر الذي جرى عليه التعامل ، ويكون البيع بالنسبة له في ظروف تجعل اختلال الماوضة فيه غرم على البائع<sup>(١)</sup> لجهله بالسعر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فإذا كان من نتيجة الظروف التي تم فيها المقادير على البائع فإن له الخيار إذا دخل السوق وكذلك إذا لم يكن بالسعر الذي باع به عين له ، فقد أخذ الشافعي رحمه الله بإثبات الخيار له أخذاً بالحديث .

وعن أحمد بن حنبل وروايان أحدهما ثبوت الخيار للبائع ، والثانية أنه لا يثبت لعدم العين ، وذلك يثبت الخيار للمشتري المسترسل إذا عين ، وفي الحديث : « عين المسترسل ربا » ، وفي تفسيره قولان ؛ أحدهما : أن المسترسل هو من لا يعرف قيمة السلعة ، وثانيهما : أنه الذي لا يماكس<sup>(٢)</sup> ،

والحكمة واضحة هنا في حاية البائع ، إذ أن الظروف التي تم فيها المقادير — من حيث الزمان والمكان ، أي قبل مجيء البائع ببضاعته إلى حيث يبيع الناس — من شأنها أن تجعله على غير دراية بأحوال السوق والسعر الذي انقطع فيه في يوم معين عن السلعة التي استعصرها ، وهذا الوضع يجعل المشتري

(١) والمعنى فيه احتمال التبع على البائع — نهاية المحتاج ج ٣ ص ٧١ — وفي ثبوت الخيار للبائع إذا علم بالسعر وجهان أو جهها عدم ثبوته — حاشية العبراني ص ٧١ .  
والمختلف في مسافة التلقي فلا يحرم إذا كان التلقي من مسافة كبيرة لأنه يكون سفرأ لا تقبلاً حاشية التسوق ج ٣ ص ٧٠

(٢) الطرق المكيبة ص ٢٨٣

في حال يمكن فيها بسبب هذه الظروف من استغلال جهل البائع بأحوال السوق وأسماؤه ، ومن ثم قد يشتري بسعر أقل من قيمة البضاعة التي تعارف الناس عليها في مكان وزمان معين ، ولما كان هذا العقد إذ يتم في ظروف تحمل اختلال المعاوضة راجعاً كان للنهي عنه ، والفكرة هنا ليست سوى محاولة لتحقيق ظروف المعاوضة التي يطلبها الشارع والتي يحقق فيها ما يهدف إليه من التوازن في مضمون العقد بين البائع والمشتري .

### بيع الحاضر للبائى :

فسر ابن عباس رضى الله عنه بيع الحاضر للبائى ألا يكون له سماراً بمعنى أن يمنعه عن البيع بسعر الوقت ليبيعه له في وقت يدر له ربحاً أكثر ، ويصح أن يفسر بأنه بيع الواحد من أهل البلد للآخرين إليها ما يحتاج إليه هؤلاء طمعاً في زيادة الثمن والربح غير المتدخل<sup>(١)</sup> وكلا الصورتين تشملها عبارة النهي وتتحقق فيها حكمته .

ويقول ابن رشد اختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً . واختلف في شراء الحضري للبديوى فرة أجازها مالك وقد قال ابن حبيب ، وصره منعه ، والذين مننوا هذا النوع من البيع اتفقوا على أن المقصود من النهي هو إرفاق أهل الحضر لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحضر وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجاناً بنهر

(١) صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٣ الطبعة الثانية — وقد كرمه مالك والبيهقي والشافعي ونقل عن أحمد بن حنبل قوله عنه « لا بأس به » وخصص النهي بأنه كان أوله الإسلام — وظاهر كلام الحنفى أنه يحرم إذا توفرت ثلاثة شروط أولها أن يقصد الحاضر البائى ليتولى البيع له — وأن يكون البائى جاهلاً بالسعر وأخيراً أن يكون قد جلب السلعة للبيع — انتهى ج ٤ ص ١٩٤ — سلطة الإمام ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٦٨ ، حاشية المحقق ج ٣ ص ٦٩ .



نمن<sup>(١)</sup> ويقول ابن حزم « لا يجوز أن يتولى البيع ساكن حضر أو قرية  
لا في البدو ولا في شيء مما يجلبه الخصاص إلى الأسواق والمدن أصلاً ولا يقطع  
له شيئاً لا في حضر ولا في بدو<sup>(٢)</sup> » .

والموضح مما تقدم أن السبب في منع هذا البيع أو البيع الذي قبله هو الفرق  
بأهل البلد فلا ينتفع المتلقي وحده في البيع الأول أو هو الفرق بأهل البدو  
القادمين إلى البلد فلا يرهمهم الشراء من أهلها وكلا المدفنين يقصد منه أن يكون  
في البيع والشراء من التبادل ما يتطلبه الشارع وألا تختل المأوضة بسبب  
الظروف التي يتم فيها البيع والشراء .

### بيع النجس :

النجس لغة بفتح وسكون أو بضمتين هو في الأصل من أعمال الصيد يقال  
نَجَسَ الرجل للصيد أى استناره لتحويله من مكان إلى مكان تسهلاً لصيد  
ثم استعمل في البيع والشراء بمعنى أن يستأثر حاس المشتري للشراء بالتظاهر  
أمامه بالتفافس على السلمة والتغالي في ثمنها .

وفي الفقه هو الزيادة في ثمن السلمة المروضة للبيع وهو لا يريد الشراء  
ليقع فيها غيره بثن أعلى من سعرها الحقيقي<sup>(٣)</sup> ، ويؤدى ذلك إلى اختلال

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٦ ، أو ينهى أحد أهل البلد السلمة من التريب ويعجزها  
ليبيعها باغى — نهاية المحتاج ج ٣ ص ٦٨ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٥٢ — ٤٥٣ ، وفتح عند جبل البادية بالسر — حاشية الدسوقي  
ج ٣ ص ٦٩ .

(٣) بداية المجتهد ص ١٢٧ ، صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٣ ، ويشترط علم البائع  
بالتأجس وإلا كان المفترى مقصراً في عدم الرجوع إلى أهل الخبرة — حاشية الصبراملى  
ج ٣ ص ٨٣ ، واللهى حلقى بالبائع — الدسوقي على الفرح الكبير ج ٣ ص ٦٨ —

المعاوضة عن طريق التلذذ والنش الذين تم فيها العقد ، فإن الشخص قد يقدر ثمن السلعة تقديرًا سلبياً ثم يملأ عنه إلى غيره إذا رأى المزاوجة والتنافس على السلعة ذاتها فيظن لها قيمة أعلى مما قدرها؛ وهنا تكون النتيجة اختلال المعاوضة لصالح البائع ، ويذكر ابن حزم في المحلى أن عمر بن عبد العزيز بحث عبيد ابن مسلم يبيع السبي فلما فرغ أتى عمر فقال له إن البيع كان كاسداً لولا أني كنت أزيد عليهم وأثقه فقال له عمر كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري قال نعم فقال عمر هذا نجش والنجش لا يحل ابث منادياً ينادى أن البيع مردود وأن النجش لا يحل<sup>(١)</sup>.

وهنا يكون في ظروف العقد ما يمثل للمعاوضة إلى صالح البائع فيفسدها وهنا يملح الشارع ذلك الإخلال إذ لا يصحقق معه التوازن بين حقوق المشتري والتزاماته في العقد وهو مطلوب من الشارع.

### الاحتكار :

الاحتكار هو الانفراد ببيع السلعة في مكان معين أو زمن معين أو الافراد بشرائها وقد يفرد شخص أو أكثر بذلك حسب الأسواق والسام ، وهو آفة من آفات العصر الحديث لأن الاحتكار أول ما يقع ضرره على الفرد الذي لا يجد لحاجاته سواء كان يريد شراءها أو بيعها منفذاً إلا عند المحتكر فتكون الظروف بحيث لا يكون لإرادته سلطان في شروط العقد إذ على المحتكر شروطه وما على الناس إلا الأخذ بها فيتم البيع أو الشراء أو يستغنى الناس إن كان لاستغنائهم وجه من القدرة عليه .

== الملاحية . وقد يطلق الله بالنجش فقط إذا لم يعلم به البائع — مقررات الشيخ عايش على حاشية السوق ج ٣ ص ٦٨ .

(١) المحلى ج ١ ص ٤٤٨ — ٤٤٩ .

فمن مالک - بلفه أن عمر بن الخطاب قال : لا حكرة في سوقنا لا يمد رجال بأيديهم فضول من اذهب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتها فيحتكرونها علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبدته في الشتاء والعييف فذلك ضيف عمر فليبيع كيف شاء وليمسك كيف شاء<sup>(١)</sup> .

وقد روى مسلم في صحيحه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يمتكر إلا خاطيء<sup>(٢)</sup> » ، والواقع أن المحتكر الذي يشتري ما يحتاج إليه الناس ثم يبيعه عنهم حتى يبيعه لهم بسعر أعلى يكون ظلماً لهم .

كما وردت أحاديث عديدة في النهي عن الاحتكار منها حديث أحمد عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من احتكر حكرة يريد أن يغلب بها على المسلمين فهو خاطيء وقد برئت منه ذمة الله ورسوله » ، وكذلك ما رواه معقل بن يسار من قول الرسول صلوات الله عليه وسلامه « من دخل في شيء من أعمار المسلمين لينليه عليهم كان حقاً على الله أن يبعده بعظم من النار يوم القيامة » .

والاحتكار هو الادخار للبيع وطلب الربح ، وقد نهى عنه هذه الأحاديث أشد النهي وتوعدت صاحبه بالإفلاس والحرمان وعذاب الآخرة .

### أراء الفقهاء في الاحتكار :

يأخذ المذهب الحنفي بحصرم الاحتكار حسبما وردت أحاديث النهي عنه غير أن ما يصدق عليه وصف الاحتكار يختلف فيه ، فقد رأى الإمام أبو حنيفة

(١) المتفق ج ٢ ص ١٥٥ .

(٢) سنن المصطفى ج ٢ ص ٨ والمفهوم في الاحتكار أنه في الطعام بحيث لا يخفى في الإفلاق غيره .

أن الاحتكار يكون في القوت فهو حبس الأقوات تربصاً للفلاء<sup>(١)</sup> . أو أنه شراء الطعام في الضر والامتناع عن بيعه<sup>(٢)</sup> . بينما يرى الإمام محمد الاحتكار في حبس أقوات الناس والبهائم<sup>(٣)</sup> ، وأشد الآراء توسعة في الاحتكار في المذهب الحنفي هو رأي أبي يوسف وهو أن الاحتكار يجوز في كل ما يضر بالناس حبسه كالتياث مثلاً ، وهو رأي شديد مبنى على إدراك حاجات الناس في غير القوت كالتياث بل والذهب والفضة .

ويبدو أن للمذهب الشافعي يتشدد أكثر من الحنفية في ما يصدق عليه الاحتكار . فهو اشتراء القوت وقت الفلاء لإمساكه وبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق<sup>(٤)</sup> ، ومقتضى هذا اعتبار الاحتكار في القوت وأن يكون مقصوداً بإمساكه للتضييق على الناس ببيعه لم يسر أكثر ، ويلحق بالقوت عند الشافعية ما يعتبر مثله .

والمالكية يعمون احتكار ما يضر بالناس حبسه بشرط أن يضر بالسوق ، وقد جاء في المدونة أن المحكرة في كل شيء في السوق من الطعام والزيت والكتان والصوف وجميع الأشياء فلن كان لا يضر بالسوق فلا بأس ، والمقصود منع التجار من الإذخار لأن النهي عليه الصلاة والسلام كان يذخر قوت أهله سنة<sup>(٥)</sup> . كذلك يبدو أن المذهب الحنبلي يأخذ بأن الاحتكار يكون في القوت<sup>(٦)</sup> واشترط ابن قدامة الحنبلي ثلاثة شروط حتى يكون

(١) النهاية على الفلأية ج ٨ ص ١٢٦ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٢٦ .

(٣) النهاية ج ٤ ص ٧٤ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ .

(٥) للمدونة ج ١٠ ص ١٢٣ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٦) المتن ج ٤ ص ٢٢٠ ، الطرق الحسكية ص ٢٢٠ .

الاحتكار حراماً وهي أن يشتري البائع لأن الإضرار ليس احتكراً وثانياً أن يكون المشتري قوياً وثالثاً أن يضيق على الناس بشرائه بحسب ظروف البلد كالحرمين والننور (أى في غير البلاد الواسعة) أو بحسب الوقت كان يحصل الاحتكار في حال ضيق على الناس<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ زيد بن على رضى الله عنه بأن الاحتكار يكون في الحيلة والشعير والتمر وقصره على ذلك لأن الحديث ورد فيه لفظ الطعام وأغلب طعام الناس ذلك (من العرب)<sup>(٢)</sup>. بينما رأى المادى إلى الحق والشافعى وأبو حنيفة أن الاحتكار لا يقتصر على الأنواع الثلاثة بل يكون في قوت الناس على اختلافه. كما أن المادى ألحق قوت البهائم بأقوات الناس، وهو كما رأينا ما أخذ به محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة.

والحكمة في منع الاحتكار لا تنحى إذ أن ظرف الاحتكار يخل بالماوضة فصحت هذا الظرف لا يبرر رضا الماقد حقيقة عن الرضا الذى يتطلبه الشارع للعقد بل يبرر هذا الرضى عن حقيقة الوضع الاقتصادى للبائع أو المشتري، وهنا يكون اختلال الماوضة مرجحاً إذ ينتهز البائع أو المشتري ظرف الاحتكار ويحاول أن يحمل الماوضة تميل إلى مصلحته وقد تكون للمشتري حاجة ملحة لسلسلة المحتكرة، ولذلك كان النهى عن الاحتكار لمنع الضرر عن الناس لاسيما وأن للشاهد أن المحتكرين قد توجه إلى جانب عموم الناس، ويفهم ذلك بوضوح من قول عمر بن الخطاب الذى أسلفناه «لا يمد رجل بأيديهم فضول من أذهب إلى رزق من رزق الله نزل بساحته فيحتكرونه علينا» فهو ظاهر في أن

(١) الفتى ج ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩ مطبعة الإمام.

(٢) الإمام زيد - محمد أبو زهرة ص ٢٩٧.

الاحتكار لا يقع إلا من يملكون المال فيشترون بفضوله مالا حاجة لهم به بقصد احتكاره على الناس - تربصا للفلاء .

ويقول الأستاذ محمد سلام مذكور في بحثه عن الاحتكار وموقف التشريع الإسلامى منه<sup>(١)</sup> أن تصورات المذاهب للاحتكار الممنوع تختلف عن بعضها البعض ، ذلك أن الحنفية يختلفون في تعميم الاحتكار في القوت أو في غيره وفي كيفية وقوعه فيقيد البعض بالشراء بينما لا يشترط البعض ذلك بل يكفي أن يحبس المالك غلة أرضه مثلاً عن الناس ، وبعض الفقهاء يجعل الاحتكار في البلد التي يضيق فيها الاحتكار على الناس على أن يكون الاحتكار في وقت الشدة فلا احتكار في وقت الرخاء .

على أن الاحتكار منهى عنه أشد النهى مهما كان خلاف المذاهب في تصوره وما يصدق عليه وصف الاحتكار ، وقد رأينا رأى الإمام أبى يوسف صاحب أبى حنيفة والذي توسع في الاحتكار إلى حد اعتباره في حبس كل ما يضر بالناس حبسه ، كما رأينا ما يشترطه المالكية من شرط اضرار الاحتكار بالسوق ، أو ما وضعه الحنابلة من شروط في الاحتكار ، كما رأى بعض الحنفية أن يكون الاحتكار ممن يشترى من بلد ويبيع فيها لأنه يأثم إذ يشترى للاحتكار أما من يجلب السلعة من خارج البلد ليبيعها فهو ليس بمحتكر ولعل ذلك راجع إلى أن جلب السلع إلى السوق يساعد في تخفيض ثمنها<sup>(٢)</sup> كما أن من يوفرقوت نفسه وأهله لا يكون محتكراً فقد ورد أن النبي صلوات الله عليه كان يحبس لأهله قوت سنتهم ؛ فلا يعد محتكراً من يحبس القوت لأهله لا للتجار فيه .

وأساس الخلاف بين المذاهب أن الأحاديث التي وردت في النهى عن

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٦ المجلد ٣ من ٤٦٥ - ٥١٠ .

(٢) وينبه ذلك الاستيراد في الوقت الحاضر - والفرقة بين من يشترى ويبيع في البلد وبين من يجلب السلعة من خارجها فرقة تدل على نظر ثاقب .

الاحتكار ورد بها لفظ الطعام أو القوت والبعض أخذ بقيد اللفظ ، والبعض عم أخذاً بالأحاديث التي لم يذكر فيها الطعام فحمل الاحتكار شاملاً لكل ما يحتاج إليه الناس حتى القضة والذهب .

### حكم الاحتكار :

وحكم الاحتكار هو التحريم قطعاً ، وقد افترقت أحاديث النہی عنه ببيان الوعيد لمن يفعله ، وأوجب الفنة على من يحتكر وبراءته من ذمة الله ورسوله ، وقد نصت للمذاهب على حرمة الاحتكار أخذاً بهذا الوعيد الذي يصادف عمله ويقع على أهله ، ويكون لولى الأمر أن يكره المحتكر على أن يبيع ما عنده بقيمة المثل<sup>(١)</sup> — كما أوجب بعض الفقهاء أمر المحتكر ببيع ما عنده ثم زجره وتأديبه بعد ذلك ، فإن لم يبيع جاز حبسه أو البيع عليه على خلاف بين للمذاهب<sup>(٢)</sup> — وبذلك فإن فساد المقد فيما يصدق عليه وصف بيع الاحتكار أمر مسلم .

### المعيار واشتراط المعاوضة :

ويقوم التحريم في الاحتكار وفساد المقد فيه على المبدأ الذي راعته الشريعة الإسلامية، وهو التوازن في حقوق العاقد والالتزامات الناشئة عن المقد وهذا الشرط أحد شرطى المعاوضة التي يقتد بها الشارع — فالسبب يخلل في المقد الذي يتضمن احتكاراً إذ لا تؤدي المعاوضة في هذا المقد إلى التوازن في حقوق العاقد

---

(١) الطرق الحسكية ص ٢٥٤ .

(٢) بحث الدكتور سلام مذكور للشار إليه سابقاً ص ٤٨٦ والاحتكار في توزيع سلطة منتجة عليها معطور بمقتضى قرار رئيس الجمهور رقم ٤٣١ لسنة ٥٩ إذا كان معطوراً استيراد مثلاً من الخارج — وذلك بالمادة الأولى من القرار وتماثل المادة الثانية على مخالفة ذلك بالمجلس لناية ستة أشهر وغرامة لناية خمسين جنيهاً أو إحدى الطريقتين .  
( ٢٧ — سبب الالتزام )

والالتزاماته نظراً لظروف العقد التي تجعل المفاوضة تميل إلى مصلحة أحد الماقدنين على حساب الآخر ، لأن المفاوضة مع ظروف الاحتكار ، وهي ظروف قد لا يكون للمتعاقدین شأن بها وقد يكون لأحدهما يد فيها (إذا راعينا حالة الاحتكار العامة في بلد واسع يتعدد فيه المحتكرون مثلاً) لا تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد حتى لو توفر الرضا بالعقد .

ولسنا في حاجة إلى القول بأن محاربة الاحتكار في عصرنا الحاضر تجد لها أساساً قوياً في الفقه الإسلامي ، فقد رأينا أوسع الآراء في المذهب الحنفي والذي يجعل الاحتكار هو حبس كل ما يضر بالناس حبسه — ويتميز هذا الأساس بأنه مبني على نظرة جاوزت الصياغة القانونية التي تمتد بالرضا في العقد وإن كانت ظروف العقد تجعل المبادلة المائلة مستعجلة أو نادرة ، فالأمر ليس مجرد اعتداد بالصيانة في تصحيح العقد وإنزال آثاره دائماً ولكن المهم أن تكون الظروف التي تتم فيها المبادلة بحيث تجعل هذا الرضا مؤدياً إلى القصور منه ، فإذا كانت الظروف بحيث تضر بأحد طرفي العقد وتعمل بالمبادلة ذاتها — كان النهي عن العقد ونحرمة .

### بيع المضطر وشراؤه :

ويتساوى مع الاحتكار في النهي عنه بيع المضطر وشراؤه وقد أفسد الحنفية هذا البيع « وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها لا يبيعهما البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير كذلك في الشراء منه — وهو فاسد » (١) .

والحكمة هنا أن ظروف الاضطرار الذي تمت فيه المفاوضة يجعل اختلال

---

(١) رد المحتار ج ٤ ص ١٤٦ .



المواوضة ظاهراً لصالح البائع أو لصالح المشتري (في بيع التلجئة مثلاً) ، وكذلك إذا وجد هذا الطرف لدى من يضطر للاستدانة من الغير فيأبى أن يقرضه إلا برها فلا يستحق عليه إلا رأس المال بحسب ، وكذلك إذا اضطر إلى طعانه وشرا به نفسه عنه حتى مات جوعاً وعطشاً ضمنه بالدية عند الإمام أحمد وأحسج بفعل عمر بن الخطاب وقيل له تذهب إليه فقال : « أى والله » <sup>(١)</sup> — وكذلك لو اضطر الإنسان إلى السكنى عند شخص لا يجد سكناً غيره اختلف في أخذ الأجر وإذا وجب الأجر حرم عليه أن يطلب زيادة على أجر المثل ، وإذا كان الناس محتاجين إلى عمل معين صار هذا العمل مستحقاً على من يحتاج الناس إليه ويحرمه ولى الأمر عليه بموض المثل ولا يمكنه من مطالبة الناس بالزيادة عن موض المثل <sup>(٢)</sup> .

وتمثل بيع المضطر وشراؤه اختلالاً في المواوضة التي يعتد بها الشارع لأن ظرف الاضطراب يحمل البائع مع رضاه بالبيع مضطراً إلى البيع فضلل للمواوضة بسبب ذلك الاضطراب قطعاً أو في الثالب ، ويبدو أن حكم هذا البيع هو الفساد <sup>(٣)</sup> — وتمثل عقود المضطر نظرة الشارع الإسلامى إلى المواوضة — كما تمثل نظرتنا إلى سبب التزام التعاقذ بما يوجبه المقد — فالتعاقذ المضطر أو الذى يقع تحت ظرف الاحسكار لا يلتزم بهذا البيع أو الشراء لأن المواوضة لم تتم على الوجه الذى رسمه الشارع — وهى سبب التزام كل من المتعاقدين تجاه الآخر — والحكم هنا يبين على الثالب من اختلال المواوضة في هذه العقود .

(١) الطرق، المسكية ص ٢٨٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٠ .

(٣) إذ يجوز للبائع أن يسترده ما باعه إذا أثبت أنه باعه تلجئة — الفتاوى الحبرية ج ١ ص ٢٢٣ الطبعة الثانية ، وإذا كان للمشتري طلاً بحال البائع «المضنوط» فهو شائن كالناصب — مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٥٠ .

### حكم البيوع السابقة :

والبيوع التي سلف ذكرها من ضمن البيوع المنهى عنها والتي أوضحنا أن ظروف وملازمات العقد فيها تجعل المعاوضة غالباً ما تميل لصالح أحد المتعاقدين . على حساب الآخر دون مقتض أو سبب شرعى ، والغالب هو ما تنهى عليه الأحكام — ولا يظهر سبب للنهى عن هذه البيوع سوى ما فيها من ترجيح اختلال المعاوضة بسبب ظروف انعقاد العقد مع سلامة العقد من حيث الرضا والمتعاقدين ومحل العقد .

ففى تلقى الركبان رأى ( مالك ) أن المقصود من النهى ألا يفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الأسواق ورأى وقوع البيع صحيحاً ولكن يشترك أهل الأسواق مع المشتري فى السلعة وهذا إذا كان المتلقى قريباً إما إذا التلقى بعيداً فلا بأس به ، ويذهب الإمام الشافعى إلى إثبات انخيار البائع إذا دخل السوق عملاً بالمديث الذى أثبت له انخيار<sup>(١)</sup> .

ورأى الإمام مالك فى الواقع هو علاج لاختلال المعاوضة الذى وقع لصالح المشتري فيشارك منه أهل الأسواق فى السلعة ، ولكنه مع ذلك رأى وقوع البيع صحيحاً — أما الإمام الشافعى فإن مذهبه إعطاء انخيار للبائع إذا دخل السوق<sup>(٢)</sup> ويجمع الرأيين السابقين أنهما أرادا معالجة اختلال المعاوضة التى تمت فعلاً مع تسليم الرأيين بأن العقد قد استوفى أركانه وإنما كان الغلل فى للمعاوضة التى يتضمنها هذا العقد .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٣٤ .

(٢) ولـى ثبوت الخيار للبائع إذا ورد السوق وجهاً أو جهبها عدم ثبوته — لحشية الشيرازى على نهاية المحتاج ج ٣ ص ٧١ ، وجاء فى لحشية الفسوق أنه يجزئ المتلقى على عرض السلعة بالسوق أو على الناس ج ٣ ص ٧٠ ومعنى ذلك فساد البيع لأنه لا يبرئ السلعة لبيع بعد شرائها إلا إذا هرب فساد البيع الأول .

ورأى الإمام أبو حنيفة أن تلقى الجلب من الركبان يجوز إن لم يضر بالنهر، وإلا كان مكروهاً. وهذا الرأي ينظر إلى الضرر الذي يحل بغير المتعاقدين.

ورأى الإمام الظاهري ابن حزم أن ذلك غير جائز سواء أضر بالناس أم لم يضر ويكون الجالب بالخيار إذا دخل السوق في إمضاء البيع أو رده، وذهب إلى أن ذلك البائع ولو بعد مضي أعوام<sup>(١)</sup>.

وأما بيع الحاضر للبادي فإن الإمام (أبو حنيفة) وأصحابه رأوا أنه لا بأس من بيع الحاضر للبادي وبخبره بالسمر — وكرهه الإمام مالك (أي أن يخبر الحضرى للبادي بالسمر) وأجازوه الأوزاعي، واختلف أصحاب مالك إذا وقع البيع فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ<sup>(٢)</sup> على أن بعض الفقهاء أجاز بيع الحاضر للبادي مطلقاً كالإمام أبي حنيفة وعطاء ومجاهد وأساس ذلك أن النهى في بيع الحاضر للبادي يحل على التنزيه لا التصريم.

أما بيع التبعش فهو نظراً لما يتضمنه من خداع فإنه حرام إجماعاً — غير أن بطلان البيع قال به الإمام مالك في رواية عنه وجعل النهى عنه مقتضياً الفساد. وأوجب الإمام مالك الخيار للمشتري.

والجمهور على أن النهى إذا ورد بسبب شيء في النهى عنه يقتضى الفساد. وإذا ورد لأمر خارج للنهى عنه لا يقتضى الفساد<sup>(٣)</sup>.

وقال الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي لا يفسخ البيع إن وقع وبأتم البائع أو للمشتري التناجش<sup>(٤)</sup>.

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٩.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٦ — ١٣٧. حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٧٠.

(٣) الدسوقي على الفرح الكبير ج ٣ ص ٦٣، المحلى ج ٨ المألة ١٤٤٦، أصول

السرْحَسِي ص ٨٢.

(٤) ويشترط علم البائع بالتناجش فإذا لم يعلم لم يكن للمشتري خيار ائصالاً — أما عمل

المخلاف في إعطاء الفترى الخيار فهو موافق البائع لتناجش — نهاية المحتاج ج ٣ ص ٧٣.

ويرى الإمام ابن حزم الفقيه الظاهري أن البيع إذا وقع بزيادة على القيمة فلهشترى الخيلار والآتم هو الناجش ويستند إلى رواية عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش ، ورواية أخرى أن عمر بن عبد العزيز بعث عبيد بن مسلم يبيع السبي فلما فرغ أتى عمر فقال له إن البيع كان كاسداً لولا أننى كنت أزيد عليهم وأفقّه فقال له عمر كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشترى فقال نعم فقال عمر هذا نجش إبعث متادياً ينادى أن البيع مردود ، ومقتضى ذلك بطلان البيع .

وأما الاحتكار وبيع المضطر وشراؤه فقد ذكرنا أن ما جاء في الدر المختار يشير إلى أن ذلك البيع فاسد<sup>(١)</sup> ، والاحتكار إذا تحققت شروطه التي أوردناها فيما سبق فإن البيع يفسد ، وفضلاً عن ذلك فإنه إذا تحققت شروط الاحتكار كان لولى الأمر أن يبيع السلعة للناس جبراً عن بائنها بضمن المثل ولا يمكن أن يكون لولى الأمر نزع السلعة من يد صاحبها ويبيعها إلا إذا كان يبيع المحتكر للسلعة فاسداً .

### أساس المحظوف في حكم البيوع السابقة :

والخلاف في حكم البيوع السابقة يأتي في الواقع من خلاف أعم ، وهو الخلاف في معنى النهى ذاته فإذا أورد الشارع نهياً عن أمر فإن معنى النهى الذى ورد به النص قد يختلف من موضع لآخر - ذلك أنه من المعروف عند علماء المسلمين أن النهى قد يكون لتحريم ، وقد يكون للكراهة - والنهى بذاته يقتضى من النهى الكف عن الشيء النهى عنه فوراً ودائماً لأنه لا يصحقق المطلوب من النهى إلا إذا كان دائماً وكانت المبادرة إلى الامتناع والكف .

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٦ . والمهترى من المضطر شامن كالتاسب .

مولمب الجليل ج ٤ ص ٢٥٠ .

على أنه إذا وجدت قرينة تصرف النهى عن التحريم فيكون المطلوب ما دلل عليه القرينة ومثال ذلك قوله تعالى : « وبنا لا تزغ قلوبنا » وبعض الأصوليين ذهبوا إلى أن صيغة النهى من باب للشتراك والخلاف فيهما واحد<sup>(١)</sup>.  
ولذلك كان الخلاف في معنى النهى الذى ورد في العقود السابقة في أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم التى أسلفناها ، والخلاف ناشئ أيضاً من أن آيات القرآن الكريم لا تصف للنهى عند فيها بالبطلان والفساد إلا قليلا ، وإذا ورد ذلك فلا خلاف في البطلان أو الفساد ولا يتصور الخلاف فيه<sup>(٢)</sup> ، ولذلك فإن النهى عن العقود التى سلف ذكرها لم يقترن بإيضاح فساد النهى عنه وهل النهى في هذه البيوع على سبيل التحريم وعندئذ يكون المقيد باطلا وتترتب أحكام البطلان - أم أن النهى على سبيل الكراهة . فيصح المقيد وبأنهم الماقد .

ونظراً للخلاف في معنى النهى عن هذه البيوع فقد رأى بعض الفقهاء من الحنفية أن تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر على الواردين فهو يكره للنزول والضرر ، أما إذا انتفيا فلا يكره ذلك ، وكذلك يكره بيع الحاضر الجادى في حالة قسط وعوز وإلا لا يكره — كما يكره العجش ، والنهى محمول على ما إذا كانت السلعة قد بلغت قيمتها أما إذا لم تبلغ قيمتها فلا يكره لانتهاء الخدماء كما يكره البيع على بيع آخر وهذا بعد الاتفاق على مبلغ الثمن

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ص ٢٢٦ — ٢٣٠ .

ويرجع إلى الأحكام للآمدى ج ٢ ص ٢٧٥ . المصوق على المرح الكبير ج ٣ ص ٤٧ .

(٢) ومثال ذلك ما أورده القرآن الكريم من « حيوط عمل للرتد » ومناه البطلان لأفعال الرد وتصرّفاته فلا يصح له بيع ولا تكاح ولا صدقة .

وفيق ذلك أن البيع مكروه فقط فلا يكون فاسداً أو باطلاً ويكون العقد صحيحاً مع الكراهة والكرهية أدنى درجة من الفساد<sup>(١)</sup>.

ويقول الإمام الآمدي إن العلماء قد اختلفوا في النهي وهل يقتضي فساد النهي عنه من العقود أم لا ، وإن أصحاب الشافعي ومالك وأبي حنيفة والحنابلة وجميع أهل الظاهر وجماعة من المتكلمين ذهبوا إلى فساد العقود ولكن اختلفوا في جهة الفساد<sup>(٢)</sup> ، ومنهم من لم يقل بالفساد لأن ما نهى عنه لن يفسد ولا يفسد ومعنى ذلك أن النهي إذا كان بسبب خلل في ركن التصرف أو لقوات شرط من شروط صحته أو لأمر أو وصف غير مشروع قد لازمه فإنه يفسد ، أما إذا كان النهي عنه ليس بشيء من ذلك بل لأمر خارج عنه أى لدفع الضرر مثلاً فلا يكون العقد فاسداً بل يكون مكروهاً .

**النهي عن العقد لعلة غير افتقار المعوضة :**

أولاً : بيع الرجل على بيع أخيه .

قد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع بمضكم على بيع بعض كما قال عليه الصلاة والسلام لا يزوج أحدكم على سوم أخيه .

فأما الحديث الأول فيقول الإمام الشافعي رحمه الله إن نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه إنما هو إذا تبايعا على أن يعصرا من مكانهما الذي تبايعا فيه فهنا وجه النهي عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه لا وجه غير ذلك<sup>(٣)</sup> وأما سوم الرجل على سوم أخيه فيقول الإمام الشافعي رحمه الله « فإن كان تابعا (يعني الحديث) ولا أحفظه تابعا فهو مثل لا يخطب أحدكم

(١) الفلي مع تعيين المعاني ج ٤ ص ٦٧ — ٦٨ .

(٢) الأسكام للآمدي ج ٢ ص ٢٧٥ — ٢٧٦ ، أصول السرخسي ص ٨٢ .

(٣) الرسالة ص ٣١٤ .

على خطبة أخيه لاسوم على سومه إذا رضى البيع كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع بثمان يزيد وبيع من يزيد سوم رجل على سوم أخيه ولكن البائع لم يرض السوم الأول حتى طلب الزيادة<sup>(١)</sup> ، وقد روى أحمد عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يتقاع أو يفر » ولو أن في ذلك إجحاشا وإضراراً فيكره وقد جاء في تبين الحقائق « إنما يكره إذا اجتمع قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي ساءل للمشتري وأما إذا لم يجمع قلبه ولم يرضه فلا بأس لنفوه أن يشتره بأزيد لأن هذا بيع من يزيد ، وقد قال أنس أنه عليه الصلاة والسلام باع حلساً وقدحاً يبيع من يزيد رواه أحمد والترمذي ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه<sup>(٢)</sup> .

وهنا يبدو أن النهي له عتقان يتردد بينهما أولاً أن يكون هناك احتمال لاختلال المعاوضة نتيجة تدخل للمشتري الجديد في الشراء فتعيل المعاوضة إلى جانب البائع ويضار للمشتري الذي كان يأمل الشراء ، وثانيتهما أن يكون في تدخل للمشتري الجديد بذاته إجحاش للمشتري الأول إذ يزاحمه حتى يحصل على السلعة وقد لا يكون هناك حاجة لديه أكثر مما لدى المشتري الأول .

على أننا نرى أن اللمة الثانية أظهر وكما قال الإمام الشافعي إن ذلك النهي من باب لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، هذا عند ثبوته كما قال الإمام .

ثانياً : البيع عند أذان الجمعة .

وأما البيع عند أذان الجمعة فقد ورد النهي عنه في القرآن الكريم في قوله

(١) الرسالة ص ٣١٧ — ٣١٦ .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ٦٨ — ويطل ابن قدامة فساد البيع بأنه فيه إضرار على الطرف الآخر وإضاد عليه — وهو غير جائز « ورمى أن البيع الأخير يكون قبل لزوم البيع الأول » للنفى ج ٤ ص ١٩١ مطبعة الإمام .

تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى إلى الصلاة من يوم الجمعة فاسمعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

والواقع أن علة النهي هنا واضحة لا لبس فيها إذ هي النهي عن أن يشتغل الناس بالبيع والشراء في وقت عبادة معينة روعى في حكمة تشريعها أنها تجمع للصلوة في وقت معين من كل يوم جمعة ، وهذه الحكمة تقوت إذا ما اشتغل الناس بالبيع أو نحوه وقت الأذان الداعي إلى الصلاة .

ويقول ابن رشد القرطبي ، وهذا أمر مجتمع عليه فيا أحسب واختلف العلماء في حكمه إذا وقع وقيل يلحق بالبيع سائر العقود .

وللشهور عن مالك أن البيع يفسخ ، وقيل لا يفسخ وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي وأبو حنيفة ، ويفسخ عند الإمام مالك على من تجب عليه الجمعة ، وأهل الظاهر على أنه يفسخ على كل بائع ، وعلى أن سائر العقود قد تلحق بالبيع اعتباراً بأن النهي بسبب الشغل عن العبادة وقد لا تلحق به اعتباراً بأن سائر العقود تقع نادراً بخلاف البيوع .

على أن البيع الذي يقع وقت أذان الجمعة لا صلة له بالمواضة في ذاتها إذ النهي هنا لغو بعيد عن عملية المواضة نفسها فقد تكون مؤدية إلى التوازن في مضمون العقد بين الماقددين وتصبه إلى غاية مشروعة ، إلا أن في البيع شتلا عن العبادة ، رأى البعض أنه يؤدي إلى فساد العقد ورأى الآخرون أنه لا أثر له في العقد<sup>(١)</sup> وإن كان الاتفاق بطبيعة الحال على إثم البائع الذي يشتغل بالبيع عن الصلاة وكذلك المشتري متى كان يجب عليهما أداء الصلاة .



## الفصل الرابع

### اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد

وجوب بقاء المعاوضة بعد انعقاد العقد:

المعاوضة المعتبرة شرعاً ليست مطلوبة من الشارع عند انعقاد العقد الملزِم للجانبين فحسب ، بل يتطلب الشارع بقاءها إلى ما بعد انعقاد العقد حتى تنفيذه فيجب أن تستمر المعاوضة إلى أن ينفذ العقد ، حتى يمكن أن تحقق التوازن في مضمون العقد أى بين حقوق الماعقد والتزاماته فإذا نحن استلزمنا المعاوضة المعتبرة شرعاً عند انعقاد العقد فحسب ، فقد يطرأ بعد انعقاده ما يجعل هذه المعاوضة تختل عند تنفيذ العقد ، وإذا كان الشارع قد نظم المعاوضة في حدود المذهب الذى يتطلب منها فإن هذا التنظيم أيضاً يتطلب أن تبقى المعاوضة التى يعتبرها الشارع حتى تنفيذ العقد .

وإذا كانت المعاوضة تتخلف عند انعقاد العقد كما رأينا بسبب الرأى أو بسبب الشروط الفاسدة التى يضمها الماعقدان أو أحدهما فى العقد أو بسبب طبيعة العقد وكونه يرتب غرراً أو بسبب الظروف والملازمات التى يقع فيها . فإن العقد قد ينشأ صحيحاً وينقذ سليماً وتكون المعاوضة التى يتضمنها هذا العقد أوعلية المبادأة لا غلر عليها ولا اعتراض عليها من الشارع ، ثم تطرأ بعد ذلك حوادث من فعل المتعاقدين أو ينبرضلها فتجصل للمعاوضة لآ تحقق النرض الذى استهدفه الشارع منها وعندئذ يكون لذلك أثره فى العقد — ويجهحكم الشارع إلى إعادة التوازن بين حقوق الماعدين والتزاماتها فى العقد .

### كيف تخلف المعاوضة بعد انعقاد العقد :

وإذا كانت المعاوضة المستبعدة في نظر الشارع وهي مبني على الالتزام في نظرنا تلزم وقت انعقاد العقد وتلزم حتى تنفيذه ، فإننا نرى أن مسألة تحمل التبعة والنسخ تبدلان أساسهما في تخلف المعاوضة المستبعدة شرعاً ، وهي السبب في الالتزام أحد المتعاقدين قبل الآخر في العقد الملزم للجانبين . ذلك أن المعاوضة عملية مزدوجة تقتضى التبادل ، وقد اخترنا أن تكون المعاوضة هي أساس الالتزام كل من المتعاقدين قبل الآخر بسبب هذه الطبيعة المزدوجة للمعاوضة ، فما دامت لا تتم إلا بين طرفين ويشترط أن تؤدي إلى التوازن في حقوقهما والالتزاماتهما فإن هلاك أحد الموضين يذهب بالمعاوضة ذاتها فلا تكون قائمة وكذلك فإن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه الناشئ من العقد يربط نفس النتيجة ، وعندئذ تكون مسألة النسخ أو تحمل التبعة للملاك ، وكلاهما تبدل أساسهما في تخلف المعاوضة المستبعدة شرعاً .

فإذا كان العقد يتضمن عملية معاوضة سليمة من وجهة نظر الشارع ثم هلك أحد الموضين بسبب لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه فإن الموضع الآخر لا يلزم بالعقد الآخر ، وذلك لأن التوازن يكون معدوماً في حقوق المتعاقدين والالتزامات الناشئة من العقد ومعنى ذلك الحقوق والالتزامات الأصلية وهي تتركز في الموضين أو الثمن والمنشور ، فيتلخّل الشارع بحكم يبعد ذلك التوازن لأن المعاوضة التي يطلبها الشارع بأهدافها قد قامت بسبب هلاك أحد الموضين فيكون إنهاء الرابطة العقدية في مسألة تحمل التبعة متفقاً مع مذهب الشارع في وجوب المادّة بين طرفي العقد للجانبين .

وقد يكون هلاك أحد الموضين كلياً أى يهلك الموضع كله فلا يبقى منه

منه شيء أو لا يبقى منه ما ينتفع به كموض وقد يكون الملاك جزئياً ، وسنرى حكم الشارع في كل من الصورتين ، وقد يكون تخلف للماوضة بسبب أحد العاقدين وبخطئه فيمتنع عن أداء الموض الذي يلزمه ، وعندئذ لا تتم الماوضة للمعتبرة من الشارع ولا يبقى سوى إنهاء الرابطة العقدية بين طرفي العقد وهذا الانتهاء أساسه أن يعود التوازن في حقوق كل من العاقدين والالتزاماته قبل الآخر ، وسنرى أن الفسخ يجد أساسه في تخلف الماوضة للمعتبرة شرعاً شأنه شأن تحمل تبعة الملاك .

وسليداً ببيان حكم الشارع في هلاك أحد الموضين كلياً أو جزئياً ثم نرى حكم الشارع عند امتناع أحد العاقدين من تنفيذ الماوضة حسبما اتفق عليها طرفا العقد ، ثم ننتهي ببيان الأساس الذي نراه لما وضعه الشارع من أحكام في تنظيم تحمل تبعة الملاك والفسخ .

### أولاً : تخلف الماوضة بهلاك أحد العوضين

#### حكم المهروك في القانون :

نص للمادة ١٥٩ من القانون المدني على أنه «في العقود للزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المتبادلة له ويفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وفي حالة الملاك يشترط ألا يكون مرجعه إلى فعل المدين بالالتزام وإلا كان بخلاف الالتزام ووجب إعمال قواعد المسئولية العقدية ، بل يجب أن يكون سبب هلاك ما لا تدخل لإرادة المدين فيه ، ويكون حكم المادة ١٥٩ مدني إنذا هو انقضاء الالتزام الذي يقابل ما دام الالتزام الأول قد أصبح تنفيذه مستحيلًا ، والمراد

من الالتزام هو الالتزام الأصلي والأساسى الناشئ عن العقد دون الالتزام الثانوى أو التبعى ومثال ذلك فى عقد البيع الالتزام بنقل الملكية بقباله الالتزام بدفع الثمن ويمد من قبيل ذلك فى عقد الإيجار الالتزام بتسليم العين المؤجرة بقباله الالتزام بدفع الأجرة وبالحفاظة على العين<sup>(١)</sup>.

واستعالة التنفيذ تأتى من هلاك الشئ المقود عليه وقد عرفت بحكمة النقص هلاك الشئ بأنه زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث ماضى بفعل إنسان ، ويشترط فى تطبيق حكم تحمل التبعة أن يكون هناك التزامان متقابلان ، وهذا الشرط يلبس ذلك لأن المعاوضة فى ذاتها تقتضى التزامات متبادلة ففى عملية مزدوجة ، والمصدر الوحيد الذى ينشئ التزامات متبادلة هو العقد الملزم للجانبين<sup>(٢)</sup>.

ومن المقرر أيضاً فى تحمل التبعة أنه يجب أن يستحيل تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين حتى يمكن أن نبعث عن الجانب الذى يتحمل تبعة هذه الاستعالة ، وذلك يخرج من البحث حالة امتناع أحد المائدين عمداً عن الوفاء ، وكذلك حالة ما يكون الوفاء ممكناً إلا أنه يرهق المدين أو يصبح من العسير عليه الوفاء بالالتزام إذ أن الالتزام فى الحالتين قائم ولا يكون فى حكم المستحيل<sup>(٣)</sup> ويشترط أيضاً أن يكون الملاك بقوة قاهرة أو حادث فجائى فلا ينقضى الالتزام إذا كان الملاك بيد المدين بل يتغير الالتزام من المحل وينقل إلى التمويض وأخيراً يشترط أن يكون تنفيذ الالتزام المقابل ممكناً لأنه إذا كان هو الآخر

(١) اللوجز لسنهورى ج ١ ص ٢٨٠ الهامش ج ١ سنة ١٩٦٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٨١ الهامش .

(٣) نظرية العقد لسنهورى ص ٩٦٨ وما بعدها .

قد انقضى لم يكن هناك وجه لبحث تيمة الملاك ما دام كل من الالتزامين قد انقضى ولم يعد قائما .

### أنواع الهوك :

إذا فرضنا أننا أمام عقد يتضمن بيع منزل لقاء ثمن معين أو إيجار هذا المنزل نظير أجرة محلدة في زمن معين ، فإن الالتزامات المتقابلة تكون هي نقل ملكية المنزل ودفع الثمن في الحالة الأولى وتكون تمكين المؤجر للسأجر في العين المؤجرة والزام السأجر بدفع الأجرة في الحالة الثانية . والملاك الذى يدهو لبحث مسألة تحمل التبعة في المثالين السابقين قد يكون هلاك المنزل أو العين المؤجرة بانهدامها مثلا بسبب حادث جبرى سواء كان طبيعيا أو بفعل شخص معين أو مجهول أجنبي عن المتعاقدين ، والملاك قد يكون كلياً ، وقد يقع على جزء من العين إذا كان يمكن أن يرد العقد على الباقي وإن كانت المنفعة كلها لا يمكن استيفائها .

وقد يكون الملاك مادياً كما فى الأمثلة السابقة ، وقد يكون معنوياً كما فى الالتزام بعمل إذا استحال على الدين تنفيذه فى وقت معين نظراً لمرض قهرى كما لو اتفق رسام مع شخص على رسم صورة له ثم عجز عن تنفيذ الالتزام وأصبح مستعجلاً بسبب لا يده فيه كتنقييد حريته أو إصابته بما يعجزه عن أداء الالتزام .

كما يكون الملاك حكماً مثل الملاك الفعلى فانهدام المنزل أو العين المؤجرة معناه استحالة تنفيذ الالتزام فى عقد البيع أو عقد الإيجار ويستوى مع الانهدام السكلى والفعلى صدور قانون أو قرار من جهة الاختصاص ينهب بملكية البائع للمنزل أو بملكية المؤجر للعين المؤجرة ، وهنئذ يكون البحث فى مسألة تحمل التبعة مادام قد تحقق شرط اعتبارها كذلك كما أوردناه وأيا كانت صورة الملاك التى وردت على موضوع الالتزام .

### استحالة الالتزام وعكسه في الفقه الإسلامي :

ويميز الفقهاء المسلمون عن استحالة الالتزام بهلاك الشيء بأفقه مملوكة أو بأن جائحة أصابته أو أنه هلك أو غصب وقد يعمدون بتعذر الالتزام حالة الهلاك كلياً أو جزئياً .

والتقاعدة في الفقه الإسلامي أنه في حالة هلاك الشيء محل العقد أو أحد الموضين فإن البائع يستحيل عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزام ، ومن ثم يسقط عن المشتري الثمن وينفسخ البيع والحكم هنا هو تحمل البائع ( وهو للدين بالالتزام ) قيمة هلاك الشيء للبيع فيهلك عليه ، وقد يختلف الحكم في حالة الهلاك الجزئي عنه في حالة الهلاك الكلي فإذا هلك جزء من منزل مباع هلك على البائع هذا الجزء كما قدما ويسقط عن المشتري جزء من الثمن يوازي ما هلك من البني ، فقيمة الهلاك هنا كالحالة السابقة تماماً تقع على المدين بالالتزام .

والفرض في الحالتين السابقتين أن هلاك المبيع أو جزء منه يكون قبل التسليم لأنه إذا تم التسليم فقد نفذ العقد وانتهى أثره بذلك التنفيذ فيهلك الشيء على مالكيه .

والتسليم إما أن يكون فعلياً فيتم تسليم المنزل المباع إلى مشتريه أو يتم تسليم العين المؤجرة فعلاً إلى المستأجر . وهذا التسليم الفعلي لا خلاف في أنه ينقل قيمة الهلاك على من تسلّم الشيء إذ العقد قد تم انعقاده وتنفيذه .

على أن الخلاف قد يقع في الحالة التي يثور فيها الشك فيما إذا كان المشتري أو المستأجر في التالين السابقين قد تسلّم كلاهما العين المبيعة أو العين المؤجرة ، وهنا نجد أن التسليم الفعلي لا يلزم دائماً ، فالتسليم قد يكون مجرد التصليية بين المشتري والعين المبيعة أو بين المستأجر والعين المؤجرة إليه ، ويشترط فيه أن

يمكن البائع أو المؤجر المشتري أو السائر من قبض المبيع أو شغل العين المؤجرة مثلا ، ومقتضى ذلك أن تزول يد البائع حكما عن الشيء المبيع ، وقد اختلف فيما إذا كان بيع شيء وتركه في يد البائع يفوق به التسليم أو التخليه فقال محمد بصحة التخليه - واستند إلى أن يد البائع قد زالت عن المبيع وقال أبو يوسف - إن يد البائع ما زالت على داره وعلى المبيع فلم تزل عنه<sup>(١)</sup> وبناء على ذلك لا تصح التخليه إذا كانت العين للمبيعة داراً وفيها متاع للبائع أو كانت العين أرضاً وفيها زرع له ويقول الكشافى « لو أعار المشتري المبيع للبائع أو أودعه أو أجره لم يكن شيء من ذلك قبضا »<sup>(٢)</sup> ، وكذلك إذا لم ينسلم المبيع عند رهنه ببقية الثمن<sup>(٣)</sup> ، كما يشترط أن يكون المشتري معسكراً من قبض المبيع فعلا ، ويختلف ذلك بحسب أحوال المشتري والشيء المبيع فإذا كان الشيء المشتري ثوباً مثلاً أو حيواناً دخل البائع بين المبيع والمشتري الذى كان بعيداً فإن ذلك لا يعتبر قبضا وقد روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن ذلك يكون قبضا<sup>(٤)</sup> .

والقبض له أهمية حتى في حالة العقد الباطل (أو الفاسد في اصطلاح الحنفية) فإذا كان البيع باطلا وقبض للمشتري المبيع يأنز البائع وهلك فإن المشتري يضمن قيمة المبيع<sup>(٥)</sup> ، على أن القبض قد اعتبر يد المشتري أمانه<sup>(٦)</sup> .

(١) النهاية للريثاني ج ١ ص ٦٤٧ .

(٢) البائع ج ٥ ص ٢٤٦ .

(٣) فتاوى قاضخان ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٤) النهاية ج ٢ ص ٦٤٥ .

(٥) البائع ج ٥ ص ٣٠٧ .

(٦) المرجع السابق ص ٣٠٥ .

وطاعة أن المدين يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم مقررة في الفقه الإسلامي كما سبق أن ذكرنا ، ويمبر الإمام السرخسي عن ذلك بأن هلاك البيع في يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع<sup>(١)</sup> .

ويقول الكاساني في البدائع في حالة الهلاك الكلي إن البيع يفسخ ويقول ابن عابدين أنه يبطل<sup>(٢)</sup> ويقول القزالي في الوجيز « وموت النفعة بالكلية كموت العاقبة وانهدام الدار موجب للفسخ<sup>(٣)</sup> » .

والظاهر أن المقصود هنا انقضاء العقد من تلقاء نفسه لأن البيع لو بقي بعد الهلاك « أوجب مطالبة المشتري بالثمن مع العجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً<sup>(٤)</sup> » ، وإذا استأجر داراً أو حملاً فانهدم منه جزء يحق للمشتري الفسخ حتى لو قال صاحبها أنا أيتها لا يلتفت إلى قوله<sup>(٥)</sup> .

وإذا كان البيع ثماراً وأصابها الهلاك بجائحة فإن النجعة قبل القبض تكون على البائع ، والجائحة هي كل ما لا يستطاع دفعه ، وقال ابن القاسم كل ما أصاب الثمرة من الجراد والريح والنار فذلك كله جائحة توضع من البائع إن أصابت الثلث فصاعداً ، وقال ابن القاسم لو سرقها سارق كانت الجائحة وقال ابن نافع ليس السارق جائحة وقول ابن القاسم أصوب<sup>(٦)</sup> ، وتعريف الجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه دقيق إذ من الجائز أن تكون الجائحة سملوية ، ومن الجائز

(١) المبسوط ج ١١ ص ١٧١ .

(٢) البتائم ج ٢ ص ٧٣٩ ورد الخطأ ج ٤ ص ٤٤ .

(٣) الوجيز للقزالي ج ١ ص ٧٣٨ .

(٤) البتائم ج ٥ ص ٢٢٨ .

(٥) للنفقة ج ٣ ص ٤١٤ .

(٦) زاد الباء ج ١ ص ٣٦ .



أن تكون بفعل إنسان لا يستطيع رده عن إحداثها فلا طرد بينها وبين الآفة  
 المساوية في الواقع ، والملاك الذى يستند به هو هلاك الأعيان فإذا هلك المبيع  
 قبل القبض يفسخ البيع وإذا هلك الثمن في المجلس قبل القبض فإن كان مثلياً  
 لا يفسخ لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين والناس لهم أغراض  
 في الأعيان <sup>(١)</sup> ، والتسليم هو المول عليه في انتقال تبة الملاك إلى المشتري  
 فيسقط الثمن وينسخ العقد <sup>(٢)</sup> ، وإذا سقطت الدار المؤجرة كلها أو انتهت  
 فلمستأجر أن يخرج من الدار سواء كان المؤجر حاضراً أو غائباً واختلفت  
 إشارة الروايات في أن العقد يفسخ أو يثبت له ( أى للمستأجر ) حق الفسخ  
 والصحيح أنه يفسخ <sup>(٣)</sup> ، وبما عاقل الانهدام ما إذا منع مانع من الانتفاع بعد  
 التسليم في المدة كما إذا فصب غاصب العين فإن الأجرة تسقط في المستقبل ،  
 ولا خلاف في أن تبة الملاك تقع على المدين بالالتزام ما دام الملاك قبل التسليم  
 أو القبض سواء كان الملاك كلياً أو جزئياً ، ويستوى في ذلك أن تكون  
 صورة الملاك فعلية أو حكية إذ يقول السرخسى - قبل القبض المبيع مضمون  
 بغيره وهو الثمن والمقار في هذا والمقول سواء حتى إذا استحق أو تصور  
 هلاكه فلهك سقط الثمن <sup>(٤)</sup> . - . فهذا لا يختلف الحكم إذا كان في الإمكان  
 تصور هلاك المبيع المقار - وهو في بعض الأحوال يهلك حكماً .

والحكم في الهلاك الجزئى كالحكم في الهلاك الكلى فإذا انهدم جزء من  
 الدار أو غصب غاصب جزءاً من العين المؤجرة يفسخ العقد بقدر المالك

(١) تحفة الفقهاء للسرخسى ج ٤ ص ٩٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٦ .

(٣) المرجع السابق - وهنا تفرقة بين الفسخ والانتفاع .

(٤) المبسوط ج ١٤ ص ٩ .

وتستط حصة في الثمن وذلك لأن كل قدر من الشيء المؤجر معقود عليه بمقابلته شيء من الثمن<sup>(١)</sup> - وهو صريح في أن الملاك يحل بالمعاوضة .

على أنه يشترط فيما تقدم أن يكون التسليم أو القبض لم يتم ولا يكون للشئ يد في ذلك ، فإذا تسف المشتري ورفض الاستلام ، فإن التهمة في الملاك تكون عليه وبذلك المبيع عليه ، ويكفي في التسليم أن يحل البائع بين المشتري وبين الشيء المبيع أو أن يحل المؤجر بين الساتجر وبين الشيء المؤجر وذلك حتى يكون للبائع وسيلة للوفاء بالتزامه بالتسليم ، ولا يشترط رضا المشتري حتى لا يظل البائع تحت رحمة المشتري إذا شرط رضاؤه لقبض وإن كان القبض يشترط أن يعلم البائع للمشتري بذلك<sup>(٢)</sup> .

وقد أوردت المجلة حكم الملاك في حالة البيع فنصت المادة ٢٣٩ منها على أنه « المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » .

وأوردت المجلة عكس هذا الحكم في حالة الملاك بعد القبض فالممول عليه في انتقال تهمة الملاك هو القبض ، وأورد صاحب مرشد الخيران في السادة ٢٥٤ حكم تهمة الملاك « إذا هلك للمقود عليه في المعاوضات السالية وهو في يد صاحبه بطل التقدر سواء كان هلاكه قبله أو بعده سميوية ووجب عليه رد عوض الشيء قبضه إلى صاحبه - والحكم نفسه في المقود على اللانفع في المادة ٢٥٥ - . ويلاحظ أن الحكم في المجلة أدق من ناحية الصياغة لأن تعبیر مرشد الخيران بأن المبيع « في يد صاحبه » يشير اليه .

(١) البائع ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ١٠٩ .

## ثانيا : تخلف المعاوضة عند عدم التنفيذ

### الفسخ في القانون وأنواعه:

ذكرنا أن تخلف المعاوضة المتبرة شرعا قد يكون في صورة هلاك أحد الموضين وتثور مسألة تمة هذا الهلاك وعلى من تقع هذه التهمة ، وقد رأينا فيما تقدم أنها تقع على المدين بالالتزام — والفرض فيما ذكرناه — أن الهلاك الذى يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام يقع دون أن يكون لأحد المتعاقدين يد فيه — ويخل وقوعه بالمعاوضة ويهدف حكم الشارع إلى إعادة التوازن إلى العقد .

أما عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه الناشئ عن العقد الملزم للجانبين فإنه يختلف عن مسألة تمة الهلاك — فهنا لا شك فى خطأ المتعاق الذى يرفض تنفيذ التزامه وسنرى كيف يتخلل المعاوضة بسبب رفض أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه وكيف يبالغ الشارع هذا الاختلال فى القانون ثم فى الفقه الاسلامى .

وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التصويض فى الحالتين إن كان له مقتضى » ونصت الفقرة الثانية على أنه يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى مجمله ، وهذه المادة تقرر القاعدة فى طلب الفسخ عند عدم تنفيذ الالتزام من جانب أحد المتعاقدين ، والفرض هنا كما ذكرنا بأن عدم تنفيذ الالتزام هو فى ذاته خطأ من جانب المتعاقد وليس واقعاً جبراً عنه .

والفسخ هنا يطلبه الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ فهو لا يقع من تلقاء نفسه ،

ويطلب من القاضى الذى يحكم به متى تحققت شروطه — وبخلاف ذلك عن  
القسخ الاتفاقى الذى يجوز لكل من العاقدين أن يشترطه فى العقد ، فإذا  
اشترطاه ( وهو الاتفاق على أن العقد يصبح منسوخا من تلقاء نفسه إذا لم ينفذ  
أى طرف من طرفى العقد التزامه ) جاز هذا الشرط وكان واجب العمل به  
وهو لا يعنى من إضرار المدين الذى لم ينفذ الالتزام بتنفيذه إلا إذا اتفق على  
الإعفاء من الأعذار ، والذى يهمننا بحته ليس هو القسخ الاتفاقى وإنما هو  
القسخ القضائى أو القسخ الذى يكون بطلب من المائن بالالتزام لأن الأصل  
فى فسح العقود هو ذلك النوع من القسخ . ويهمننا بيان أساس هذا القسخ  
ومدى اتصاله بالمفاوضة التى يعتبرها الشارع .

### شروط القسخ فى القانون :

والقسح لا يوجد إلا فى عقد ملزم للجانبين أى فى عقد يتضمن مفاوضة  
وذلك ظاهر ، لأن القسخ فى حالة وقوعه والحكم به هو علاج للحالة التى  
لا ينفذ فيها أحد العاقدين التزامه — كما يشترط لطلبه ألا يكون العاقد الآخر  
قد نفذ الالتزام — وأن يكون مستعداً لأداء التزامه هو — وقادراً عند الحكم  
بالقسح على إعادة الحال إلى أصله قبل التصاقد .

وعند تحقق شروط طلب القسخ لا يكون على القاضى أن يقضى بالقسخ  
حتماً ، بل تكون له سلطة تقديرية فهو يستطيع أولاً أن يمنح مهلة للمدين بالالتزام  
ويستطيع أيضاً رفض طلب القسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية  
إلى جانب ما وفاء من الالتزام فى الجلة ، إذ يكون الدائن عند طلب القسخ  
متعسفاً فى هذه الحالة — ويترتب على القسخ إعادة كل من طرفى العقد إلى  
حالته قبل التصاقد طبقاً للمادة ١٦٠ مدنى فإذا استعالت إعادة كل من الطرفين

إلى حالته قبل العقد جاز الحكم بتعويض ، وهذا الحكم يشمل جميع أنواع  
الفسخ (الاتفاق والقانونى والتضامى) فيرد البائع الثمن والمشتري المبيع وبسلم  
المستأجر المين ولا يلتزم بالأجرة عن المستقبل .

ويختلف الفسخ كنظام قانونى عن البطلان المطلق والبطلان النسبى —  
إذ أن الفسخ لا يرد إلا على عقد انعقد صحيحاً ثم طرأ عليه ما يجعل لأحد  
المتعاقدين حقاً فى فسخه أو طلب فسخه وذلك بعد انعقاد العقد وعند تنفيذه ،  
أما البطلان فهو إذا كان بطلاناً مطلقاً منع من انعقاد العقد أصلاً فيقع باطلاً  
إذا قد ركننا من أركانه مثلاً كالرضا أو الحل أو السبب — وإذا كان البطلان  
نسبياً فإن العقد ينعقد ويكون باطلاً إذا طلب ذلك من له حق طلب الإبطال ،  
وصحياً إذا أجازه أو رفض طلبه بالإبطال — والبطلان سواء كان مطلقاً  
أو نسبياً يكون معاصراً لتكوين العقد — أما الفسخ فهو يأتى على عقد قد  
انعقد صحيحاً .

### الفسخ فى الفقه الإسلامى :

ولا نجد فى الفقه الإسلامى قاعدة للفسخ باعتباره نظرية عامة تطبق على  
جميع العقود فى أحوال معينة تقتضى الفسخ وتنتج الترويع فى التطبيق إلى  
هذه النظرية العامة — كما يتضح من بعض نصوص الفقه الإسلامى فى الفسخ  
أنها تطلق عليه أحياناً البطلان وكل منهما نظام قانونى يختلف عن الآخر تمام  
الاختلاف ، وكذلك نجد أن الفسخ ليس حقاً خالصاً للدائن الذى يطلبه بل أنه  
فى بعض الأحيان يكون واجباً عليه باعتباره حقاً للشارع .

ففى العقد الفاسد يجب على المتعاقد أن يطلب فسخه ويرفض التقاضى جبراً

ولا يجوز للمشتري في العقد الفاسد أن يصرف في الشيء المباع إليه، قال السكري ويكره في التصرفات كلها لأنه يجب عليه الفسخ لحق الشرع، وفي هذا التصرفات لإبطال حق الفسخ أو تأخيرها فيكره ، وقال البمض لا يكره في التصرفات المزية للملك لأنه يزول الفساد بسببها<sup>(١)</sup> .

وهنا نجد أن الفسخ يعتبر من جهة حق للشارع، وهذا يعد خطأ بين البطلان والفسخ بسبب عدم تنفيذ أحد الماعدين لالتزامه ، فالبطلان يعتبر معصية في العقد يجب على الماعد رفضها ورفع التقاضى المقدر جبرا ، على أن كثيرا من حالات الفساد في العقد تعتبر من قبيل البطلان المطلق أو النسبى الذى يرتفع بإجازة العقد بعد انعقاده - وذلك لميب من عيوب الرضا على الأخص .

### مصطلح الفقهاء في الفسخ :

والواقع أن الفقه الإسلامى لا يفرق في المصطلح بين البطلان والفساد وبين الفسخ ، فقد جاء أن حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذى يقوم برفضه أحد الماعدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأربعة والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع إلا بالإلابة وهو حكم كل بيع لازم<sup>(٢)</sup> والذى يهنا في الواقع هو النوع الأخير الذى لا يرتفع إلا بالإلابة لأن هذا النوع وحده الذى يرد عليه الفسخ كما هو مقرر في القانون - وبعض الفقهاء قد اعتبر من بين أحوال الفسخ انقضاء المدة وموت أحد الماعدين<sup>(٣)</sup> ولا يخفى أن هذه الأسباب ، وهى انقضاء المدة وموت أحد الماعدين لا تمد من أسباب الفسخ - بل هى من أسباب انقضاء الالتزام في بعض الأحوال .

(١) تحفة الفقهاء ص ٢٧ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٣٠٦ .

(٣) البزاةج ج ٦ ص ١٨٨ .

ومع ذلك فإن البعض قد ميز بوضوح أن الفسخ عمل إرادى يقوم به أحد العاقدين وهو سبب لانقضاء الالتزام ، بخلاف الانقراض فهو نتيجة لسقوط الالتزامات أو انقضائها فقد جاء فى تحفة الفقهاء فى فسخ الأجرة للعذر « كذا المستأجر إذا كان لا يحصل له النفع مما استأجره إلا بضرر يدخله فى ملكه أو بدنه قبله ذلك فله فسخه » ، وهنا الفسخ بمعنى العمل الإرادى المبني على الطلب إن كان قضائياً أى طلب من القضاء عند النزاع وذلك بنقض النظر عن سبب الفسخ فى المثال الذى يفيد أن عدم الاستفادة من الشيء المؤجر كان بحد انقضاء العقد ، وأن طلب الفسخ لسبب هو عدم الانتفاع من الشيء المؤجر - من غير هلاك المين المؤجرة .

وأحياناً يشكلم الفقهاء عن الفسخ الذى يقع من جانب واحد فى العقد المأزم لاجانبين ، فمثلاً إذا باع البائع شيئاً مما يسرى الفساد إليه بسرعة وتأخر المشتري فى سداد الثمن ( أى تخلف عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد ) واستلام المبيع كان للبائع الاستقلال بفسخ العقد والبيع لغيره مبكراً للضرر الواقع عليه — كما يجوز أن يكون الفسخ لمصلحة عامة ، وذلك إذا كان تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة<sup>(١)</sup> كما فى حالة بيع العبد إذا كان هو يقصد من تمام البيع فراره من الجندية وعندئذ يؤخذ العبد من المشتري ويرجع على من باعه بالثمن .

وسوف لا نلتزم التفرقة الدقيقة بين الفسخ والبطلان فى بيان الفسخ فى الفقه الإسلامى إذ لم يلتزم الفقهاء هذه التفرقة ، ولتقى إذا التزمناها قصر ذلك عن إدراك حكم الفسخ فى الفقه الإسلامى على حقيقته ، إذ الغالب أن الفقهاء

---

(١) رد المحتار مفردات البيع ج ٣ ص ٣٧٢ — ٣٧٦ ، ويفترط علم العاقد الآخر بالفسخ وعند أبى يوسف لا يفترط — فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ .

يتحدثون عن الفسخ بالبطلان أو الفساد فتلا حالة فساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد<sup>(١)</sup> المقصود هو الاضاح أو الفسخ وليس الفساد، على أننا نجد أن بعض الفقهاء قد قرر صراحة أن الفسخ لا يكون إلا بعد انعقاد العقد وهذا هو التمييز السليم لسألة الفسخ والذي يعتمد بها عن الاختلاط بفساد العقد أو بطلانه، فقد جاء أن فسخ العقد هو بطلان العقد لا محالة<sup>(٢)</sup>، والبطلان أو الفساد يماصر العقد ولا يترأخى إلى ما بعد انعقاده صحيحاً كالفسخ.

ومثال ذلك إذا سقط حائط من الدار فأراد المستأجر ترك الإجارة، فإذا كان سقوط الحائط لا يفوت عليه منفعة السكنى فليس له ترك الإجارة (وهو هنا بمعنى الفسخ) لأن المنفعة لم تتغير أما إذا كان سقوط الحائط يضر بالسكنى فله الخروج (وهو هنا بمعنى الفسخ) لتسكن الخلل في مقصوده<sup>(٣)</sup>، وإذا غصب الدار من المستأجر أجهن سقط عنه الأجر مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المقود عليه<sup>(٤)</sup>.

### ما هو الفسخ في الفقه الإسلامي وأسبابه :

والفسخ هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كان لم يكن<sup>(٥)</sup> — ففي البيع يسود المبيع إلى ملك البائع والثلث إلى ملك المشتري — وقد يفيد ذلك في أن الفسخ أثر رجعي وهنا يتفق الفقه مع القانون . ففي العقود القورية كالبيع والمقايضة مثلاً يكون الفسخ مستنداً أى يكون له أثر رجعي — أما إذا كان العقد مما يستمر تنفيذه كعقد الإيجار أو الشركة ، فإن الفسخ يكون مقتضراً

(١) للبسوط ج ١٤ ص ٢٦ .

(٢) حاشية الفقيه على الزيلعي ج ٥ ص ١٤٣ .

(٣) للبسوط ج ١٢ ص ١٣٠ .

(٤) المرجع السابق ص ١٣٧ .

(٥) البائع ج ٢ ص ١٨٢ .



أى ليس له أثر رجعى وإنما يسرى على المستقبل فقط وما مضى يكون على حكم العقد<sup>(١)</sup> ، والتسح أيضاً هو حل ارتباط العقد<sup>(٢)</sup> .

وقد يقع الفسخ فى الفقه الإسلامى اتفاقياً وإذا كان فى عقد لازم كان إقالة وهى « رجوع كل من العوضين لصاحبه فيرجع الثمن للمشتري وللمثمن للبائع » وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع<sup>(٣)</sup> ، وهى بيع جديد فى حق غير الماعدين إجماعاً وفى حقهما بعد القبض فسخ فإذا تمزجها فسخاً بطلت ، وعند أبى يوسف بيع فإن تمزج فسخ فإن تمزج بطلت الإقالة وبقي البيع الأول<sup>(٤)</sup> . ولا خلط هنا بين التسح والبطلان فى الفسخ الاتفاقى .

وبذلك فإن الإقالة تمد من باب الفسخ الاتفاقى وهى فى الواقع لاصلة لها بالمواضة لأنه قد يرجع للتعاقدان عن العقد ويتقابلان مع أنه لاخلف فى المواضة بالنسبة لأيهما ، وقد ترجع الإقالة إلى أن الفقه الإسلامى يصح بالرضا إلى أن يكون رضا كاملاً وليس رضا ظاهراً يكتفى لانقضاء العقد ، ولأنك بين الماعدين الذى اكتشف فى نفسه شيئاً من عدم الرضا بعد انقضاء العقد صحيحاً على أن يجد وسيلة أو خرجاً من هذا العقد ، والإقالة مندوب إليها فى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادماً يمته أقال الله عشرته يوم القيامة » .

والفسخ الذى يهنا وله صلة بالمواضة هو الفسخ الذى يطلبه الماعد إذا لم ينفذ الماعد الآخر التزامه فى العقد للزم للجانبين فهنا يطلق الأمر باختلاف المواضة سواء كان عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، وهنا نجد أن الفقه

(١) مسطفي الزرقا المدخل انتهى المام من ٤٣٨ — ٥٣٧ .

(٢) أشباه السيوطى من ١٤٦ .

(٣) زاد الماد ج ١ من ٧٦ .

(٤) مجمع الأنهر المجلد الثانى من ٧١ الطبعة المارة .

الإسلامي كبداً لا يميز للعقد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العقد الآخر إلا إذا كان العقد الآخر قد تم بالفعل. فإذا تخلف البائع عن تسليم المبيع أو تخلف المشتري عن دفع الثمن عند حلول الأجل فإن المبدأ هو إجبار العقد على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه عينا ممكناً لأن مهمة القاضي هي إحياء ذوى الحقوق إلى حقوقهم فلا موجب للفسخ<sup>(١)</sup>، فالقاعدة أنه إذا كان الثمن ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع ثم يحرر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً وإن كان لائناً غائباً أو بعيداً أو كان المشتري ممسكاً بقبض المبيع<sup>(٢)</sup> - وهو بمعناه الحقيقي في القانون - ويرى البعض أن إعطاء اللائى بالالتزام حق الفسخ في مواجهة الدين الذى لم ينفذ التزامه تسمح به قواعد الشريعة وأصولها العامة كالحديث النبوى : « لا ضرر ولا ضرار » كما أن إعطاء الزوجة حق فسخ عقد النكاح إذا لم يوف زوجها بما شرطه لها في العقد يعتبر مثالا لذلك الفسخ .

وقد سبق أن بينا أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في تقدير ما يعطى من سلطان للذات إزاء مدينة الذى لم يوف بالزماة ، ففهم من أجاز حجه أو أجاز ملازمته حتى يفى الدين ورأى البعض إنظاره حتى مىسرتة ، وعرف الفقهاء الثنى بأنه القدرة على الوفاء واختلفوا في بيان للمس من المومر واعتبروا الزى أحياناً والبعض رأى أن الأصل في الناس الفقر والثنى عارض<sup>(٣)</sup> .

على أن بعض العلماء في أصول الفقه فرقوا بين الفسخ ورضاء والفسخ جبرا عن التماقدين أو جبرا عن أحدهما بحكم القاضي ، والانفاسخ بسبب استحالة

(١) مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام ص ٢٣٩ .

• ११ •      (१)

(٣) فتح القدير ص ٤٧٢—٤٧٣ .

التنفيذ كهلاك أحد الموضين فالفسخ قلب كل من الموضين لصاحبه والافساح انقلاب كل من الموضين لصاحبه ، فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا غفروا بالمقود المحرمة ، والثاني صفة الموضين فالأول سبب شرعى والثاني حكم شرعى فهما فرعان الأول من جهة الموصوفات والثاني من جهة الأسباب والسبب فالفسخ هنا يشمل الفسخ الاتفاقى والقضائى والافساح هو تحمل التبعة عن الملاك .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يصون المقود عن النسخ ما أمكن ذلك فإذا استأجر شخص عاملاً فهرب العامل قيل تمام العمل استأجر صاحب العمل من يعمل عليه وله أن يفسخ العقد إذا عجز وسلم إلى العامل أجره قبل هربه<sup>(١)</sup> ، وكذلك فوات المفعة بالكلية موجب لفسخ<sup>(٢)</sup> ، وفى مجمع الضمانات إذا استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها ففسخه فإذا سلت الدابة فعليه الأجر كاملاً وإذا عطبت فعليه نصف قيمتها والأجر كاملاً وهو قول أبى يوسف<sup>(٣)</sup> ، وكذلك إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها بشئ آخر أفسر بالأرض من الحنطة ضمن ما نقص من قيمة الأرض<sup>(٤)</sup> ، وإذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاقم حنطة فحمل عليها خمسة عشر فهلكت يضمن ثلث قيمتها<sup>(٥)</sup> .

ومن الأمثلة السابقة يبين لنا أنه عند رغبة أحد المتعاقدين فى الفسخ بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الذى أوجبه العقد فإن الشارع يعنى بالمفاوضة

(١) الوجيز للزلى ج ١ ص ٢٢٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٣ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٠ .

(٥) المرجع السابق ، وهذا الحكم مستند لأن هلاك الدابة كان خطأ المستأجر بلا جدال وضمان ثلث القيمة غلب لا يحدد أساساً .

ويشرف على إبقائها دائماً داخل دائرة التصادل ، ولا يميز الفقه الإسلامى أن يقال أحد الطرفين ما يستعفه بالمقد وينال تمويضا لجرد الفسخ ، فإذا أخطأ أحد الماعدين عند تنفيذ المقد كما فى حالة استتجار دابة ليعمل عليها شيئا قبل غيره فإذا كان ما حله عليها أخف فلا شيء عليه وإذا كان ما حله أثقل فهو مخالف وضامن ولا أجر عليه لأن الدابة هلكت بفعل غير مأذون فيه فوجب الضمان دون الأجر « لأنهما لا يجهلمان »<sup>(١)</sup> فلا يعترف الفقه الإسلامى بالفسخ مع التمويض — أما إذا كان الفسخ لمذوكا إذا أراد للمستأجر أن يفسخ الإجارة لا تنقله من البلد أو أن يفسخ إجارة حانوت لاستغفائه عن العمل فى التجارة جاز له ذلك وليس للوَجْر منه لأن الضرر يأتى على المستأجر من تقييد المقد<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإنه إذا امتنع الماعد عن إيفاء ما التزم به يجبر عليه كما سبق أن ذكرنا إلا إذا كان الإيجاب غير ممكن ، جاء فى البدائع فى حالة ما إذا باع شيئا وشرط لنفسه أن يأخذوها لأجل استيفاء الثمن « أن الرهن إذا شرط فى البيع فقد صار حقا من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه — ولنا أن الرهن عقد تبرع فى الأصل والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البيع »<sup>(٣)</sup> — وهنا نجد أن الفسخ هو آخر الحلول التى يعطىها صاحب البدائع فهو يأتى بعد طلب الرهن وبعد المطالبة بقيمة الرهن أو تخيير المشتري دفع الثمن (إذا كان لم يحل طيبا) ثم يأتى بعد ذلك كله فسخ البيع

(١) تحفة الفقهاء ص ٥٣١

(٢) المرجع السابق ص ٥٣٣ — ٥٣٤ وخالف الشافعى فى فسخ الإجارة للمزور. وأخذ القانون الفرنسى بفسخ الإجارة بالغير فى المادة ٦٠٩ منه .

(٣) البدائع ج ٥ ص ١٢١

وهو هنا فسخ بالمعنى القانوني إذ يأتي على عقد نافذ لازم بسبب عدم الوفاء من أحد الطرفين ، ويرى الفقيه الحنفى زفر بن الهذيل أن المشتري في الحالة السابقة يجبر على أداء الرهن إذا امتنع لأن الرهن صار من حقوق المبيع يجبر على تنفيذه الطرف للمتنع<sup>(١)</sup>.

### أساسي تحمل التبعة في القانون :

إن تبعة الملاك تقع في القانون للمصرى على الدين بالالتزام وهذه القاعدة يضطرد تطبيقها في القانون للمصرى بالسبب للعقود للزمة للجانبين كالمبيع طبقا لما قضى به المادة ٤٣٧ مدني « إذا هلك للمبيع قبل التسليم بسبب لايد البائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الملاك بعد إعدار للمشتري لتسلم للمبيع » وكلاهما طبقا لما قضى به المادة ١/٥٦٩ « إذا هلك المبيع المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كامليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه » وإذا كان الملاك جزئيا فليستأجر حق طلب القسح أو إقراض الأجرة طبقا لفقرة الثانية أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة أو العارية وهلك محل العقد كالشيء للودع أو للمار بسبب لايد للمدين فيهلك على المأمن وهذه هي القاعدة في القانون للمصرى — وهي تتفق مع الفقه الإسلامي .

وفي القانون الفرنسي تقع تبعة الملاك على المالك فإذا هلك الشيء المبيع قبل تسليمه للمشتري هلك عليه لاعلى البائع وذلك في المادة ١٦٢٤ مدني فرنسي وكذلك في المادة ١٧٠٧ بالنسبة للقايضة إلا إذا كان في البيع أو القايضة شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط ففي هذه الحالة تكون التبعة على المدين ،

---

(١) المرجع السابق .

وبذلك لم تضطرد القاعدة في القانون الفرنسى كما اضطردت في القانون المصرى وكما هي الفقه الإسلامى كما أوضحنا فيما تقدم .

وقد كان اتباع الصياغة القانونية السليمة يقضى بأن تكون تبعة الملاك على المالك ، ففى تم عقد البيع انتقل المبيع إلى ملك المشتري وهو المالك حتى ولو لم يسلم ، إذ الشيء دخل في ملكه — وقد كان القانون الفرنسى يأخذ بذلك كقاعدة عامة وكان ذلك استمدادا من القانون الرومانى الذى كانت تبعة الملاك فيه على المالك — ثم جعل القانون الفرنسى عدة استثناءات لهذه القاعدة حتى لا تكون مطلقة — إذ الاطلاق فيها ينافى الدليل .

وقد اختلف في تعليل الحكم الذى يقضى بأن تكون تبعة الملاك على المدين ، فذهب البعض إلى أنه في العقود الملزمة للجانبين يكون التزام كل من المدينين مقترنا بشرط ضئى فاسخ هو تنفيذ التزام الماقد الآخر بحيث إذا لم ينفذ هذا الالتزام تحقق الشرط الفاسخ وكان للطرف الآخر فسخ العقد ، ورجع هذا الرأى إلى أصل تاريخى في القانون الرومانى إذ لم يكن الرومان يميزون فسخ عقد البيع لعدم دفع الثمن ، ثم لجأ البائسون في العمل إلى أن يضلوا العقد شرطا بمتقضاه يصير البيع مفسوخا إذا لم يؤد الثمن في الميعاد المين ، وقياسا على ذلك وفي حالة استحالة التنفيذ للهلاك يستط الالتزام المقابل من باب أولى .

ويذهب البعض إلى أن أساس تحمل التبعة هو في نظرية السبب وذلك لتعليل حكم الملاك الكلى أو الجزئى فقالوا ان سبب الالتزام هو الغاية المباشرة التى قصدها المتماقد من وراء التزامه وبحسب النظرية التقليدية في السبب فإن كل التزام يجد سببه في الالتزام المقابل ، وزاد بعض الفقهاء أن السبب ليس هو مجرد الالتزام المقابل وإنما تنفيذه كما سبق أن بسطنا هذا القول عند الكلام

عن نظرية السبب في الفقه اللاتيني ويكون يسيراً بعد ذلك تلميل مسألة تبعة الملاك وبيان أساسها فإدام التزام أحد الماقدين قد استحالة تنفيذه بقوة ظاهرة فإن الالتزام المقابل يستقل لأنه لا يكون له سبب وعندئذ نفهم السبب على أنه عنصر انعقاد وعنصر تنفيذ .

### أساس تحمل التبعة في الفقه الإسلامي :

يرى الدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته تحمل التبعة في الفقه الإسلامي أن أساس تبعة الملاك في الفقه الإسلامي هو طبيعة العقد الملزم للجانبين وليس الشرط الفاسخ المضمّن أو نظرية السبب ، وذلك لأنه يأخذ بفكرة عدم وجود نظرية للسبب في الفقه الإسلامي . على خلاف ما ذهب إليه من وجود مفهوم لهذه الفكرة في المأووضة المتبعة شرعاً . ويرى أن أساس الحل في الفقه الإسلامي كما هو في القانون أيضاً . هو طبيعة العقد الملزم للجانبين .

واستند في التبدليل على ما رآه إلى نصوص من الفقه الإسلامي وكلها تفيد أهمية المأووضة في العقد الملزم للجانبين ، وتركز هذه النصوص على عملية المأووضة أو المبادأة « ففتضى المأووضة أن تنشئ التزامات متقابلة »<sup>(١)</sup> وما دام هذا هو أساس ما يراه في تحمل التبعة فإنه يكون هو للمأووضة للمتبعة شرعاً .

فالمأووضة أو عملية المبادأة التي ينظمها الشارع هي جوهر العقد الملزم للجانبين في الفقه الإسلامي ، وهلاك أحد الموضين بعد العقد يجعل وفاة الالتزام مستحيلاً ، وإلّا فإن المأووضة تصبح غير قائمة ولا يمكن أن يجمع البدلان الموض والموض في جانب واحد إذ يكون في ذلك إخلال بالتوازن

(١) تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ج ١ ص ١٤١ رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر .

بين حقوق كل من العاقدين والتزاماته — ويكون تحمل التبعة وكونها على  
للدين قبل القبض تمثيلاً مع شرط التوازن في مضمون العقد .  
ويظهر ما نراه بشكل أوضح في حالة الهلاك الجزئي، فالالتزام الذي انقضى  
جانب من محله بالهلاك لم ينقض بسببه الالتزام تماماً ، ومع ذلك فإنه يسقط من  
الالتزام المقابل ما يساوي قيمة ما هلك من التزام العاقد الآخر ( أى ما أصبح  
فيه الالتزام مستعطلاً ) وهنا نجد أن فكرة المعاوضة أدق في تحليل هذا الحكم  
من فكرة طبيعة العقد الملزم للجانبين ، فإزال العقد يمكن أن يعد ملزماً  
للجانبين ، لأننا لا نجزيء الالتزام إلى أجزاء ممتدة لها كلها طبيعة العقد الملزم  
للجانبين بل هناك التزام واحد في كل من الجانبين — ولكن حكم الهلاك  
الجزئي يتفق أكثر مع فكرة المعاوضة فهي بذاتها عملية مزدوجة ، وقد قرر  
الأستاذ زكي عبد البر أهميتها البالغة وأنها جوهر العقد الملزم للجانبين ، ومادام  
يشترط في المعاوضة كما ذكرنا أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد فإن هلاك  
محل الالتزام أو جزء منه واستحالة تنفيذه استحالة مطلقة يحل حكم تحمل  
التبعة متفقاً مع نظرنا إلى السبب ، وأنه المعاوضة التي يستد بها الشارع والتي  
تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد اللازم — بين حقوق العاقد والتزاماته  
فإذا كان الهلاك من شأنه أن يخل بتلك الموازنة فإن الشارع يبيدها بالقاعدة  
للمقرة في تحمل التبعة .

#### من النسخ وأساسه في القانون :

وأساس حق النسخ في القانون اختلف فيه الفقهاء ، ومبدأ النسخ كان  
مقررًا في المادة ١١٨٤ مدني فرنسي تحت عنوان الشرط القاسخ ، وقد دعا ذلك بعض  
الشراح — مثل بلانيول وجوسران — إلى القول بأن هذه المادة تدقيراً لشرط  
ضمني فاسخ في العقود المتبادلة وليس ذلك سوى الشرط الذي كان موجوداً



في القانون الروماني عندنا يختلف أحد المعادين عن تنفيذ التزامه والذي أصبح في المادة ١١٨٤ فرنسي شرطاً نموذجياً .

وقد أرجح كايقتان الفسخ إلى مختلف السبب ، وتعامل مما إذا كان الفسخ يعد جزءاً على عدم تنفيذ الالتزام أو أنه تطبيق لقواعد سارية من الأخلاق والعدالة والكسيون اعتبروا أن الفسخ له صفة العقوبة على سوء النية إذ أن حسن النية يقتضي تنفيذ العقد ، ويقارض مع حسن النية أن يطلب شخص من آخر أن ينفذ التزامه بينما هو شخصياً لم يقم بتنفيذ التزامه ، وكان يجب الرجوع دائماً إلى القاضي الكنسي للحكم بالفسخ .

على أن البعض يذهب إلى أن فكرة السبب غير كافية لتلليل الفسخ في العقود التبادلية ولأن تكون أساساً صالحاً له ، ويؤسس هؤلاء الفسخ على العدالة ، فالمعقد التبادلي يفرض بطبيعته في القانون وفي الواقع تمازجاً بين الالتزامين الأساسيين والسبب يحقق التماثل في القانون في مجال التكوين والفسخ يعد جزءاً لهذا التماثل في حالة عدم التنفيذ<sup>(١)</sup> .

#### الفسخ وأساسه في الفقه الإسلامي :

وقد رأى البعض<sup>(٢)</sup> أن أساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن الرضا كما فهمه علماء الشريعة الإسلامية ، فإن الرضا في الفقه الإسلامي هو اتحاد الإيجاب بالقبول اتحاداً يظهر أثره في العقود عليه ، وبذلك يكون ركن الرضا مرتبطاً بالحل وهو ركن العقد الثاني وذلك طيلة حياة الالتزام فإذا انقضت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد كان العقد منسوخاً أو قابلاً للفسخ .

(١) مقال في المجلة الدولية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٩٦ وكذلك ويبر الجامعة الأدبية في الالتزامات ص ١٢٨ .

(٢) النظرية العامة للفسخ للدكتور علي حسن ذنون ص ٧٣ .

ولا يخفى ما في هذا القول من بطلان التحليل الصحيح للفسخ — وقد جعل هذا الرأي الحل هو الركن الثاني في المقدم « مع الخلاف في اعتبار الحل ركناً لأن ركن المقدم هو الرضا كما جرى عليه الفقهاء من الفقهاء » وقد ربط الرأي المقدم بين الرضا وبين الحل ، وكلاهما عنصر متميز عن الآخر وأولهما عنصر نفسى والثاني عنصر مادى بلا جدال وليس لهذا الرأي من سند سوى تعريف المقدم وهو بقاءه لا يؤدي إليه .

ونعتقد أن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامى مع أنه لم يرد كلفه نظرية عامة كما قدمنا ؛ هو فكرة المعاوضة المتغيرة شرعاً إذ يشترط فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون المقدم وهذا التوازن لا تقتصر مراعاة الشارع له على لحظة انعقاد المقدم بل يمتد إشراف الشارع عليه حتى تنفيذ المقدم فإذا اختلفت المعاوضة بخطأ المعاقد كان من اختلفت المعاوضة في جانبه حتى طلب الفسخ، وقد رأينا ذلك مطبقاً في حالة الإيجار وفي حالة البيع وفي حالة الإخلال الكلى أو الجزئى بتنفيذ الالتزام، ويتشابه ما نقله مع ما أسلفناه من أن البعض في فرنسا يرى أن طبيعة العقود التبادلية من شأنها أن توجد تمازجاً في الالتزامات ، وإن ذلك هو أساس حق الفسخ ، ولا يختلف ذلك من قولنا إن المعاوضة المتغيرة من الشارع تشترط عند انعقاد المقدم وتستمر حتى تنفيذه وهي تؤدي كما أراد الشارع إلى إيجاد التوازن في مضمون المقدم الملزم للجانبين .

## الباب الثاني

### تطبيق السبب على العقود

غير اللازمة

تمهيد :

ذكرنا من قبل أننا اخترنا عند تطبيق فكرة السبب أن قسم العقود إلى قسمين العقود اللازمة والعقود غير اللازمة — والعقود اللازمة هي التي لا تقبل التسخير إلا بالتراضي من الطرفين أو بحكم القاضي — أما العقود غير اللازمة فإنها تنقسم إلى عقود تلزم أحد طرفي العقد ولكنها لا تلزم الطرف الآخر فيه ومثال ذلك الكفالة فهي تلزم الكفيل ولا تلزم المكفول له ، والرهن فإنه يلزم الرهن ولا يلزم الرهن — وإلى عقود لا تلزم طرفيها فلكل منهما أن يستقل بفسخ العقد بإرادته ومثال ذلك من عقود التبرع البارية ومن غيرها الوكالة فلكل من الوكيل والموكل أن يستقل بفسخها .

والعقود التي يمكن لكل طرف من أطرافها أن يستقل بفسخها ومثالها عقود التبرع في الجملة ، هي عقود وتصرفات تأتي في المرتبة والأهمية بعد عقود المعاوضات . بل إنها توضع في مقابلتها عند تقسيم العقود إلى عقود معاوضات وعقود تبرعات ، وفضلا عن ذلك فهي عقود رضائية يكفي الرضا لانفاذها ، وقد يلزم في بعض العقود التبرع ، وإذا نحن أخرجنا العقود التي لا تلزم طرفيها اقتصر البحث عن عقود هامة في العمل هي بعض عقود التبرع ، ولذلك رأينا أن نبحثها بوصفها من عقود التبرع بغض النظر عن درجة لزومها ، وفضلا عن

أهميتها فإن الخلاف في الازم لأحد الماعدين أو لكليهما يحمل تناولها بوصف أنها من عقود التبرع أدق ، حتى نبعت عن مواطن الخلاف في صفة الازم ووقته وهي لا أثر لها في موضوع البحث ما دام المقصد نفسه غير لازم سواء كان تبرعا أو من عقود التوثيق ، لذلك رأينا أن نقسم الباب إلى فصلين نبعت في أولهما عقود التبرع فنمض للهبية والوصية والقرض والماربة ، ونبعت في ثانيهما من عقود الاستيثاق الرهن والكفالة .

وهذا التقسيم بطبيعة الحال لا يجمع كل العقود غير اللازمة — كما أنه لا يجمع كل ما يبد تبرعا أو ما يضمن عقود التوثيق وغيرها من العقود غير اللازمة غير أننا آثرنا هذا التقسيم لأنه أكثر فائدة من الناحية العملية وأكثر ممشيا مع موضوع السبب الذي نبعته فإن السبب يبعث دائما في عقود التبرعات في مقابلة بحثه في عقود المعاوضات — أما عقود الاستيثاق فإن القانون يدخلها جميعا في العقود الرضائية وهي ترتب التزامات متبادلة في الغالب ولا يعرف القانون تقسيم المقصد إلى عقد لازم وعقد غير لازم — ولذلك رأينا أن نبعت هذه العقود تحت هذا الباب لأنها أليق به في الفقه الإسلامي ، ومن ناحية أخرى لأنها تختلف عن عقود المعاوضات سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون من ناحية عامة وهي أن التوازن أو التكافؤ بين التزامات الماعدين فيها ليس له تلك الأهمية التي نراها في عقود المعاوضات . وإن كان تقسيم العقود في القانون إلى عقود تبادلية وعقود منفردة يكاد يتشابه مع تقسيم العقود إلى عقود لازمة وعقود غير لازمة في الفقه الإسلامي من هذه الناحية .

## الفصل الأول

### عقود التبرع

تعتبر عقود التبرع دائماً في مقابلة عقود المعاوضة في تسيّيات العقود، ولذلك كان مدققاً ألا يكون للسبب فيها دور مماثل للسبب في عقود المعاوضة ، لأن هناك ما يميز العقود الأخيرة فيجعل للسبب وظيفة أخرى أشرنا لها فيما سبق وهي حماية الماقد ، وهذه الحماية لا داعي لها في جانب من يتجرد من ماله بنير مقابل يطلبه ، ولذلك فإن دور السبب يقتصر في هذه العقود على الحماية الاجتماعية أو بمعنى آخر يجب أن يستهدف عقد التبرع غرضاً مشروعاً فلا تكون الغاية منه بحيث تؤدي أغراض الشارع ومقاصده .

فالشرط الوحيد في إنفاذ هذه العقود في الفقه الإسلامي وفي تحقيق آثارها هو خلوها مما يؤدي أغراض الشارع ، وليس الأمر هنا كما رأينا في بحث نظرية السبب في الفقه التقليدي الفرنسي من أن السبب في عقود التبرع هو نية التبرع ، لأننا في مجال هذه العقود لا نبعث سبب الالتزام الذي يحمل الماقد عليه ، لأنه لا وجه في الفقه الإسلامي إلى حمل الماقد في عقد التبرع على التزامه وذلك ناشئاً أساساً من وصف العقد بأنه غير لازم . فنية التبرع إذا سلت سبباً في القانون فهي لا تصلح في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> ، ويجب علينا أن نبعث عن السبب في مجال النظرية الحديثة في السبب أى نبعث عن السبب بمعنى

---

(١) فنية التبرع لا تحصل الإجابة على السؤال لم التزم للدين ( في المبة ) لأن الرأب

يستطيع الرجوع في المبة .

الباث على التصرف الذى يعد تبرعاً وتناول الهبة ثم الوصية ثم القرض  
وأخيراً المارية - فنتناول بإيجاز انعقاد كل منها - ثم للغاية المشروعة منه .

### أولاً - الهبة

#### إنعقادها :

الهبة ركنها الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب ، والقبول من  
الموهوب له ليس بركن احتساباً ، والقياس أن يكون ركننا وهو قول زفر ،  
وجه القياس أن الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعاً باعتباره  
وهو انعقاده فى حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس  
الإيجاب هبة شرعاً ، ووجه الاستحسان أن الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد إيجاب  
المالك من غير شرطية القبول ، والقبول والقبض لثبوت الحكم لا لوجودها  
فإذا أوجب ترتب الحكم<sup>(١)</sup> وتصح الهبة بالإيجاب والقبول والقبض ، والأولان  
لأنها عقد ، وأما القبض فلا بد منه لثبوت المالك<sup>(٢)</sup> أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم  
« لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » .

#### الرجوع فيها :

ومتى تمت الهبة بالقبض أصبحت لازمة إلا أنه يجوز الرجوع فى الهبة  
واسترداد الموهوب (من الواهب) ما لم يكن هناك مانع يمنع من الرجوع ،  
وقال الشافى رحمه الله لا رجوع فى الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع

(١) البدائم ج ١ ص ١١٥ .

(٢) الهداية ج ٣ ص ١٦٤ ولأن عقد التبرع ضعيف فى نفسه فلا يكون لازماً -

راجع المبسوط - ١٢ ص ٤٨ .

الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ، ولأن الرجوع يضاد التملك والمقد لا يقتضى ما يضافه <sup>(١)</sup> ، ومع كل فإن الرجوع في الهبة أمر مكروه وذلك مما يتفق فيه المذهب الحنفى مع المذهب الشافى لقوله صلى الله عليه وسلم « اراجع في هبته كالراجع في قبضته <sup>(٢)</sup> » .

ويمتنع الرجوع في الهبة إذا حوّل الموهوب له الواهب شيئاً عن هبته أو إذا كانت الهبة لدى رحم محرم أو زوج ، وكذلك يمتنع الرجوع إذا زادت الهبة زيادة متصلة في يد الموهوب له أو هلك الشيء الموهوب أو تغير من جنس إلى آخر أو خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بأي سبب كان ، وكذلك يمتنع الرجوع بموت الواهب أو الموهوب له .

على أن مسألة الرجوع في الهبة يشوبها الخلاف ، فمن الفقهاء من منع الرجوع أصلاً ، واحتج بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن استثنى الأبوين احتج بحديثه عليه السلام « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » وناس الأم على الوالد فأجاز لها الرجوع أخذاً بالحديث .

كذلك استثنى البعض من الرجوع في الهبة ما يكون موهوباً إلى ذوى الرحم المحرم ، وأباحوا الرجوع في الهبة إذا كان لتغيرهم واحتجوا في شأن الأولين بقول لعمر بن الخطاب رواء مالك <sup>(٣)</sup> .

والهدية والصدقة نوعان من الهبة ويجوز الرجوع في الهدية في الحالات التي يجوز فيها الرجوع في الهبة <sup>(٤)</sup> . كما في حالة هدايا الخطاطب لخطيبته ،

---

(١) والحنفية ومن يرون الرجوع يستندون للحديث الشريف « الواهب أحق بهبته مالم يحوز عنها » ولأن المقصود بالقد هو التصريح بالمادة .

(٢) النهاية ج ٣ ص ١٦٤ — ١٦٥ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٤) الترام التبرعات مقال للأستاذ أحمد إبراهيم بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ .

أما الصدقة فهي هبة لوجه الله ولا يجوز الرجوع فيها ، والمهديّة والصدقة كلاهما يتم بالقبض .

ويلاحظ في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة أنها يحاط فيها حتى لا يضار الموهوب له في ذمته عند تنفيذ الرجوع ، ومعنى ذلك أن التكافؤ يكون مطلوباً إذا تمين الرجوع ، فتصاد كل ذمة إلى حاملها قبل الهبة بحيث لا تزداد ذمة الواهب عند استرجاعه ما وهبه ولا تنقص ذمة الموهوب له بسبب الرجوع <sup>(١)</sup> .

كما نلاحظ من ناحية أخرى أن من حالات الرجوع ما يفيد أن الواهب ينتظر الموضع رغم أنه يهب ، وقد ذكر ذلك صراحة كما أشرنا في الفقه الحنفي إذ يقرر أن العادة قد جرت بذلك <sup>(٢)</sup> على أننا نستطيع هنا أن نضع في الموضع كل ماله قيمة مادية أو أدبية كالثواب أو الثناء ، وهذا الموضع حتى إذا عمق بين الطرفين فليس هناك قواعد تحكمه لأن التكافؤ فيه غير مطلوب من الشارع أو من العاقد ولا يمكن التصرف عليه .

### السبب في الهبة :

وقد ورد في بعض كتب الفروع ما يشير إلى أن سبب الهبة هو الرغبة في اكتساب اللذخ والثناء أو حتى الطمع في المكافأة والجائزة عرفاً وعادة <sup>(٣)</sup> . ولكن ذلك لا علاقة له بسبب الالتزام الذي نبهت عنه ، ويؤكد ذلك أن الهبة يقصد بها نفع الواهب في الفقه الإسلامي بينما يجري القانون الوضعي

(١) مختار القاضي — نظرية السبب ص ٢٢٢ .

(٢) النهاية ج ٣ ص ١٦٤ .

(٣) البائع ج ٦ ص ١٧٨ .



على أن الهبة مقررة لنفع الموهوب له ، وفي ذلك ما يكشف عن الروح المختلفة التي أملت هذا الحكم — في الشرائع الوضعية والشرعية الإسلامية <sup>(١)</sup> ، ولا يشترط على ذلك إلا أن تكون القاية من الهبة مشروعة فلا يؤدي تنفيذها إلى إيذاء أغراض الشارع ، فالهبة قد شرعت لتقوية أو إصرار الهبة بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا» وقوله عليه السلام «من أسدى إليكم معروفا فكافئوه» فإذا خرج الواهب عن أغراض الهبة التي حضت عليها الشريعة إلى غرض آخر وأخذها الواهب وسيلة للخطور بطلت الهبة ، ومثال ذلك الهدية (الهبة) للقاضي فإنها مظنة الجور ، إذا لم تكن تجري المادة بين المهدي والقاضي بالهدية <sup>(٢)</sup> .

وكذلك يبطل الفقه الإسلامي هدية المقرض إلى المقرض قبل الأداء لأن الباعث عليها قد يكون الربا — وكذلك هدية العمال إلى الأرباب (وم الذين يعملون في جمع الصدقات أو الزكاة فيهدون إلى الحكام) فإن هذه الهدية مظنة الإغضاء عن تقصير المامل أو غلله للناس ، والهدية لمامل الزكاة لا تجوز وقد ورد فيها الحديث الشريف في الذي على عامل الزكاة الذي يدعى أن الناس أهدوا إليه شيئاً فلا يسلمه ضمن ما يحمله «ما بال الرجل نستعمله على شيء مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلى فلان» قد في بيت أبيه أو في بيت أمه فينظر أي هدى إليه أم لا » — وهو إنكار صريح لأن يكون المطاء لمامل الزكاة هدية .

وكذلك تبطل الهبة لمن يشفع في شفاعته عند السلطان ، وقد ذكر رسول صلى الله عليه وسلم أن تلك الهدية تمد باباً عظيماً من أبواب الربا <sup>(٣)</sup> ، وذلك

(١) راجع وحيد سوار في التفسير عن الإرادة ص ٧١٠ .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣٧٢ .

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٧٢ وتلاحظ أن بعض الأمثلة قد يختلط فيها السبب بالحل

كالكامل الأخير لأنه إذا كان التصحح للسلطان وإبجاء فلا يكون في مقابلته عوض .

لأن النصح للسلطان من المصالح العامة ، وكذلك إيصال الحقوق لأصحابها فلا ينبغي أن يتوصل إليها (بالهدية) — إذ هي الرشوة في حقيقتها .  
والنية تدخل في العقود كلها طبقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها — فتدخل في الهبة إذا نوى بها ما لو صرح به بطل<sup>(١)</sup> .

وقد تكون الهبة ذات باعث مشروع ولا يمكن وصفه بالفساد ومع ذلك تكون منافية لأغراض الشارع في أمر من الأمور — فالهبة من الأب لو أنه لا يمكن أن توصف بأن باعثها غير مشروع ، ولكنها تؤدي غالباً إذا كان هناك أبناء آخرون لم يهبهم الوالد نفسه شيئاً — إلى إيتار الصدر ، ولذلك فإن الهبة في هذه الحالة لا تكون موافقة لأغراض الشارع بالرغم من نية الواهب التي لا يمكن أن نصفها إلا بالمشروعية — وهنا نجد النية من الواهب ليست لها نفس الأهمية التي نجد لها غاية الشارع من الهبة وهي إدامة المحبة بين الناس ، فإذا كانت تؤدي في حالة معينة إلى عكس ذلك لا تصح — وقد وصفنا النبي صلى الله عليه وسلم بأنها جور<sup>(٢)</sup> ، وكذلك عند الدعوة إلى وليمة أو طعام لا يجوز قبول الدعوة إذا كان الحفل أو الوليمة لباعث فاسد في نفس الداعي كالرغبة في المباهاة أو كان الباعث غير مشروع كما لو أقام وليمة للقاضي ليعول بينه وبين الحكم بالحق<sup>(٣)</sup> .

والمول عليه أنه لا ثواب إلا بالنية وهي ترجع القلب نحو إيجاد فعل أو تركه موافق لطلب دفع أو دفع ضرر حالاً أو مآلاً<sup>(٤)</sup> — على أن حكم

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩ .

(٢) في حديث بشر بن سعد الساعدي - الزنى ج ٣ ص ١٢٧ مطبوع مع الأم ، وراجع الفتاوى على المنهاج الأربعة ج ٢ ص ٤٣ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ٧٢ .

الأعمال قد يكون دنيوياً أو أخروياً — ولتفق عليه في قاعدة الأعمال بالنيات هو الحكم الأخروي — ويراعى حكم المادة فيما تقدم، ومن ذلك قبول القاضى الهدية لمن له عادة الإهداء إليه قبل توليته بشرط ألا يزيد على المادة فإن زاد على المادة رد لثايد<sup>(١)</sup>. وقد حكى عن الإمام مالك أن السلطان لا يكافى ولا يكافأ<sup>(٢)</sup>، وكذلك تستبر البواعث التى تدفع إلى الهبة والغاية منها، فإذا دفع شخص مالا لابن سبيل ليحصل به فلم يفعل يرد له لأن الغاية من الهبة لم تتحقق<sup>(٣)</sup>.

والهبة إذا لا بسها غرض يؤدى إلى المنوع بطلت فلا يحل لمن أقترض مالا أن يقبل هدية أو طعاماً إذا علم بفرض الهدى، ويكره لدى المدين أن يقبل ذلك حتى ولو سحت نية المدين، إذا كان المأمن عن يقتدى بهم لئلا يكون قبوله ذريعة لاستحالة ذلك<sup>(٤)</sup> من غيره من الناس.

وهدية الأب أو الجد كما ذكرنا لاشبهة في شرعية الباعث عليها من أحدهما، ولكن جاء في الفتاوى الكبرى أن هبة الأب أو الجد لبعض أولاده دون البعض الآخر تكره تنزيها لأنها تؤدى إلى القسوة، وقال ابن الرضا عمل الكراهة أن تستوى حاجتهم فإن اختلفت جاز<sup>(٥)</sup>، وهذا للرأى أليق بالمصلحة والعدل، وكذلك إذا كانت الهبة التى يهبها إنسان لآخر

(١) المرجع السابق ص ١٢٨ ولا يظهر وجبة رد الزيادة فلهذه إما أن تقبل أو لا تقبل ولا وجه للتعزير في الحكم بالرد.  
(٢) الخطاب ج ٦ ص ٦٨.  
(٣) المرجع السابق ص ٥٠.

(٤) المرجع السابق ويلاحظ هنا أن نية المدين لا وزن لها في الحكم وأن علم المأمن ليس هو المناط في الحكم وجمعه بل إذا جرى ذلك السل على وجه الإجازة يطل.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن حجر المكي ج ٣ ص ٣٦٣، وترد الهدية لابن إذا لم يطل غيره سنن المصطفى ج ٢ ص ٦٧ — ٦٨.

ليست بقصد الهبة وإنما اتقاء لشر ذلك الإنسان ، وللغاط في ذلك هو القرآن  
فاذا كانت القرآن نغيد أن الهبة كانت بقصد الهبة صحت وإلا بطلت كهيئة<sup>(١)</sup>  
وكذلك عطايا الملوك الذين يأخذون أموال الناس غصباً والغالب على ما تحت  
أيديهم الحرام ، فقد اختلف الرأي فيها حتى عند السلف الصالح كما يقول  
صاحب الفتاوى الكبرى فمنهم من أباحها ومنهم من منعه<sup>(٢)</sup> .

وتحريم الهدية المقرض أو الهدية قدى جاء<sup>(٣)</sup> يهدف إلى منع الوصول  
إلى غاية غير مشروعة ، وهى الوصول إلى الربا سواء كان الربا بذاته أو إلى  
ما يشبه الربا وكذلك تحريم الهدية للقاضى إن لم يتقدم مثلها ، وفى الحقيقة أن  
هذا الحكم الذى ذكرته معظم كتب المذاهب لا يخلو من نقد<sup>(٤)</sup> والأولى أن  
يكون التحريم أو الإباحة فى الهبة للقاضى بحسب ما إذا كان المهدي له مصلحة  
فى الإهداء — حتى ولو كانت محتملة — أم ليس له مصلحة فى ذلك وقد يستبر  
الإهداء السابق قرينة على عدم وجود المصلحة .

وعموماً فإن ما تؤدى إليه الهبة هو ما يهيم عند النظر فى مشروعيتها وقد  
بيننا أن نية الواهب بذاتها لا يرجع إليها وحدها فى الحكم — فقد رأينا أنه  
لا يجوز المقرض أن يقبل هدية المدين حتى لا يكون ذلك ذريعة للربا ،  
وكذلك الهدية للقاضى ، وأوضح مثل على ذلك الهبة لابن دون آخر فنية  
الواهب لا يمكن أن تكون بذاتها غير مشروعة ولكن تؤدى هذه الهبة  
غالباً للعقوق ولذلك تكره بحسب ما تؤدى إليه لا بحسب نية الواهب .

---

(١) الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٣٦٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ وهنا يكون غرض السلطان هو الاستمالة بحال لا يميل له  
ولا لغيره وهو هدف غير مشروع ويؤدى لنتيجة لا يؤيدها الشارع .

(٣) حاشية الفسوق ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) الأهواء والتأثير ج ١ ص ١٢٨ ومواهب الجليل الصلاب ج ٥ ص ٣٦٣ .

وكل ما ذكرناه في الهبة التي لا يموض عنها ، أما الهبة التي يكون فيها عوض فإن الحكم فيها يختلف فلا يكون للناط فيها الغاية من العقد فحسب بل قد يكون الموض منظوراً إليه لوجود المباداة في الهبة .

وقد اختلف في شأن هبة الأب لابنه السفيه وذلك لقوله تعالى « ولا توتروا السفهاء أموالكم » ويلاحظ أن السفه في هؤلاء ليس صفة ذم ولا يفيد معنى السفهان لله تعالى ، وإنما سموا كذلك نكفة عقولهم وعجزهم عن تدبير أمر المال الذي يورثهم إليهم<sup>(١)</sup> غير أن الرأي السليم هو جواز الهبة لابن السفيه ، واستدل الجصاص في أحكام القرآن بأمرين أولهما أن بشير وهب ابنه السفهان فلم يمنعه النبي صلى الله عليه وسلم وثانيهما وهو الأهم والأقرب إلى المنطق أن النكح هو بمعنى جمل الأب والابن في أيدي السفهاء وليس بمعنى منع الهبة للتفليك<sup>(٢)</sup> وعلى ذلك فإن الهبة باعتبارها تصرفاً لا وجه لإبطالها إلا كان متلقياً سفهاً أو صغيراً وإنما تدفع إلى من يلى عليه ويحفظ ماله ولا يضيعه ، والفرض من كل ذلك ألا تؤدي هبة المال ودفنه إلى من لا يحسن التصرف فيه إلى ضياع المال من صاحبه ومن أريد انتفاعه به وهي غاية لا يرضاها الشارع ، ولا يجوز عملاً يؤدي إليها غالباً ، وهنا لا نرى أن رأياً الواهب أو اللوهور له بل يرتبط الحكم بمنع موضوعي هو أن هبة المال للصغير أو السفهان من شأنه غالباً ضياع المال على واهبه ومستوحيه ، وكذلك لا يجوز الهدية من الشركين لقائد جيش المسلمين حتى لا يؤدي ذلك إذا اختص بها إلى الظن به أو إضلافه أمامهم ، وكذلك الهدية لمن يشفع عند السلطان<sup>(٣)</sup> لأن ذلك من المصالح العامة التي لا يقتضى عنها الناس أجراً ولأن ذلك يؤدي إلى ذبوع الرشا - وكلها غايات حرمها الشارع .

(١) أحكام القرآن الجصاص ج ٢ ص ٧٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٧٣ .

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٧٧ .

## ثانيا : الوصية

### انقضاءها :

الوصية تصرف في التركة ،ضاف إلى ما بعد الموت ، وهي تتم بالإيجاب وحده أما القبول فوقه بعد الموت فحسب ، وهو لازم فقط لدخول الوصى به في ملك الوصى<sup>(١)</sup> . والقول بأن الوصى له يملك دون القبول مبناه أن الوصية أخت الميراث في أن كلا منهما خلافة فكما أن الإرث يثبت في الشيء دون قبول فكذلك الوصية . أما حجة الرأي الآخر فهي أن الوصية إثبات ملك جديد ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله .

والوصية عقد غير لازم من جهة الوصى قبل وفاته ، فله أن يرجع في الوصية ويتم الرجوع بإرادته دون قبول من أحد لأن الوجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه يحل الرجوع في عقد الماوضة فهو في التبرع أولى كما في الهبة والصدقة<sup>(٢)</sup> فإذا مات الوصى اقبلت الوصية لازمة في حق الورثة مادام الوصى قد مات مصراً عليها ولم يرجع فيها ، وتنفذ في ثلث ماله دون حاجة إلى إجازة الورثة ، وتصبح الوصية لازمة بالنسبة للورثة لأنه ليس لهم حق الرجوع فيها وهو الحق الذي كان للورث ولم يستعمله .

وبذلك تكون الوصية عقدا غير لازم من جهة الوصى ولا يلزم التصرف إلا بعد الوفاة وينفذ من التركة في الثلث دون حاجة إلى إجازة من الورثة ، وينفذ في أكثر من الثلث إذا هم أجازوه .

---

(١) وعند زفر يملك الوصى له الوصى به دون القبول وهو أحد قول الفقهاء المتأخرين .

ج ٤ ص ١٧٧ .

(٢) البعائم ج ٧ ص ٣٧٨ .

### الفائدة من الوصية :

والوصية شرعت أصلاً لكي يتلافى الإنسان بعض ما فرط فيه من واجبات سواء نحو الخالق أو نحو الخلق - فيكون له بالوصية أن يتصدق ببعض ماله بعد وفاته تويضاً لما فاتته - وفي الحديث يقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله يتصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم » .

ولكن إذا تمحضت الوصية عن معصية أو مخالفة لأوامر الشارع فإنها لا تنصح - وتكون الوصية غير مشروعة إذا هي أعانت على المعصية أو كان الغالب فيها أن تؤدي إلى ذلك - أو تمحضت تماماً لمعصية - فالقياس هنا ليس النية نصب ولكن ألا تؤدي الوصية إلى إيذاء أغراض الشارع ، فالوصية من المسلم لأهل الحرب باطلة - لأن فيها إهانة لهم بكثير ما لهم وزيادة قوتهم - لقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين » <sup>(١)</sup> وقد يستعمل المال في شراء السلاح - وكذلك الوصية من المسلم للنافعات عليه ، لأن ذلك معصية إلا أن يكون من المسلم أو الذي تقوم بأعيانهم فيصبح تمليكاً واستخلاقاً - ويقول صاحب الهداية « وصاحب الهوى وإن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر » <sup>(٢)</sup> .

ومن أمثلة المقاصد التي تخالف أغراض الشارع في الوصية أن يوصى بمبلغ معين كأجر للنافعة عليه أو أن يشترط للوصية شرطاً يجعل الموصى له في حال من

(١) الفقيه على الزملي ج ٦ ص ٦٨٤ - الهداية ج ٤ ص ١٨١ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٨١ .

المفسر للنهي عنه ومثال ذلك الوصية للخليلة إذا كان يقصد من ذلك استدامة الحال في الماشرة غير المشروعة - أما إذا كان يقصد صيانتها من الاهتلال فلا تبطل الوصية<sup>(١)</sup>.

فالوصية لأهل الحرب باطلة<sup>(٢)</sup>، لأن فيها إغاة لهم بتكثير مالهم الذي قد يستخدم في محاربة المسلمين إذ أن سبب الوصية هو طلب الزلفى في النعمي<sup>(٣)</sup> والوصية بالمصية باطلة، فوصية النعمي - ببناء كنيسة لا تصح ولو كانت قرية لهيئة - غير أن الامام أبى حنيفة صحح هذه الوصية على أننا أمرنا بتركهم وما يدنبون<sup>(٤)</sup> - فوصية النعمي لا تخرج عن حال من ثلاث جائز بالاتفاق وهو ما يكون الإيصال فيه قرية لدى النعمي وإدنا وباطل بالاتفاق وهو ما لم يكن قرية عندنا أو عندهم أو ما كان قرية عندنا وليس كذلك عندهم - كوصية النعمي ببناء مسجد أو الاضاق على قراءة القرآن وذلك في نظري شديد لأن الوصية بما يمد قرية في الاسلام ومصية في نظر مخالفه يحتمل التشك في بواعث هذه الوصية ظاهراً.

أما المختلف فيه فهو وصية النعمي بما يمد قرية عندهم وليس بقرية عندنا<sup>(٥)</sup>

(١) شرح قانون الوصية - محمد أبو زهرة - ص ٤٨، سلام مذكور في أحكام الوصية والوقف ط ٦٩ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ في الوصية المحرمة إما لقنيتها أو لفرض منها كان يكون الباحث عليها محرماً كان يوصي لفاسق لإغائه على الفسق أو يوصي فاسداً بالإضرار بالورقة وتكون مكروهة إذا كانت لفاسق ولم يقصد بها إغائه على الفسق لاحتمال ذلك - ويلاحظ هنا أن حكم كراهية الوصية لم يرتب على الباحث لانه في ذاته معروغ.

(٢) نتائج الأفكار تكلم فتح القدير ج ٤٢٦٨ -

(٣) المرجع السابق ص ٤١٧ ويلاحظ أن كلمة سبب لا صلة لها بسبب الالتزام الذي نبهته وقد سبق بيان ذلك ص ٢١٣.

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٠٥ -

(٥) المرجع السابق -



وقد أطلق البعض في شأن وصية النمي للسلم أو العكس فأجاز كليهما<sup>(١)</sup>.

وظاهر هنا أن التقضاء لا يستحدث عن نية التبرع من الوصي لأنها لا تنيد بذاتها شيئاً فنية التبرع دائماً مشروعة وقد قيل ذلك بحق في القانون الوصي - .  
وذلك فإن النية التي تؤدي إليها الوصية غالباً هي الناطق بالحكم عليها بالصحة أو البطلان فلا تكون مشروعة إذا كانت تؤدي إلى غاية لا يستد بها الشرع بنفس النظر عن نية التبرع .

والأمر يسير إذا كانت الوصية قد تمحضت لمصلحة فالوصية تبطل ، كما إذا أوصى بمال لينفق على حانة خور أو إذا كانت الوصية تستلزم ما نهى عنه الشارع كان يوصي ببيض ماله لابنه المستهتر أو يكون الموصى له جهة معصية<sup>(٢)</sup>

غير أن الأمر يبدق إذا كانت الوصية مثلاً لسيدة لا تربطها بالوصي قرابة محرمة أو اشتبه أمر هذه العلاقة — فقد رأى البعض أنها تبطل إذا كانت تهدف إلى استدامة حال غير مشروع ، ولا تبطل إذا كانت تهدف إلى تغيير هذا الحال<sup>(٣)</sup> ومقتضى ما تقدم هو البحث عن النية وقصد الموصي — ولذلك رد البعض حكم هذه المسألة إلى أصلها « ورد ذلك إلى النزعة التي تأخذ بالنيات والتي لا تأخذ بها في الفقه الإسلامي »<sup>(٤)</sup> ، وهذا هو الميار الحقيقي ، ذلك أننا نجد الحكم يترتب في بعض للذهاب على النية دون بحث في كيفية الوصول

(١) العقود الدورية في تجميع الفتاوى الحامدية ج ٢ الطبعة الثانية ص ٢٨٥ .

(٢) الوصايا في الفقه الإسلامي للدكتور سلام . مذكور ص ٣٠٦ ، أحكام الوصية والوقف

ط ٦٩ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

(٣) شرح قانون الوصية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٨ .

(٤) الوصايا في الفقه الإسلامي للدكتور سلام . مذكور ص ٣٣٣

إليها وفي بعض المذاهب على ما يظهر من العقد أو القرائن — وهو الاتجاه الذي تؤيده — ذلك أن الرجوع إلى مقياس موضوعي يعنى من البحث في النيات ، فإذا كانت الوصية بحيث تؤدي غالباً إلى إبداء أغراض الشارع وإلى المحظور بطلت وإلا صحت — وقد أجاز الإمام أحمد بن حنبل الوصية للحربي إذا كان في دار الحرب<sup>(١)</sup> — وأطلق للذهب الحنفى المنع لأن في هذه الوصية إعاقة على محاربة المسلمين<sup>(٢)</sup> ، وفي كلا المنهيين لم يبحث أحد نية الموصي كما أكدنا من قبل ، وإنما الغاية التي تؤدي إليها الوصية ، فقد رأى للذهب الحنبل أن إذا كان الحربي في دار الحرب فلا خطر من الوصية إليه . ورأى للذهب الحنفى المنع مطلقاً ، وهو الأولى بالنظر .

وبذلك يستوى في الحكم أن تكون الوصية متممصة للمعصية مثل الوصية للهو أو لعب القمار — أو أن تكون الوصية في ذاتها خيراً مثل الإيصال لشخص معين بمبلغ من المال ولكن يكون الباعث عليها غير مشروع ، وهذا يتردد النظر بين أمرين أولهما أن الوصية في هذه الحالة تملك مباح لمن هو أهل للملك ، وثانيهما أن إيفاء مقاصد الشارع أمر محرم ولا يجوز أن تتخذ الوصية وهي وسيلة مباحة مشروعة ذريعة إلى فساد ، ولذلك تبطل الوصية إذا تمحضت للمعصية ، ويبطل الشرط البقي في الوصية وحده إذا كان يؤدي إلى الفساد كما لو أوصى لشخص على أن يحترف الغناء أو للزوجة على أن تظل بدون زواج ، وقد أبطل الإمام ابن القيم هذا الشرط ونظر إلى مقاصد الشارع عامة<sup>(٣)</sup> .

(١) المتن ج ٦ ص ٦٠٤ .

(٢) البدائع ج ٣ ص ٣٤١ .

(٣) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٠٧ وقد نصت المادة الثالثة من قانون الوصية على حرط ألا تكون بصحية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع .

والمذهب الحنفى وهو كما رأينا لا يمتد بالبواعث والنوايا إلا إذا كانت ظاهرة في العقد أو كانت القرآن تقطع بوجود النية غير للشريعة يصحح الوصية لأهل السوق كما لو كان الموصى له مغبيا أو نائحة<sup>(١)</sup>، غير أن ذلك التصحيح لا ينافى أن تكون الوصية قرينة من القربات لأن المتبر في تصحيحها أنها تملك مباح لمن هو أهل للتملك لأن المتبر في أوامر الله العنى والمتبر في أمور العباد الاسم واللفظ<sup>(٢)</sup>.

وهذا يمشى مع ما ذكرناه من أن البواعث أو النيات لا يمكن أن يمتد بها الشارع الإسلامى إلا ديانة، أما قضاء فيمتد بمقاصد الشارع وحده وما إذا كان المتصرف غالبا يؤدى إلى إيفائها أم لا، والمبرة بالقياس الموضوعى وليس الاعتماد على النية وحدها لحسب.

والمذهب المالكي سبق أن ذكرنا أنه ينفرد بفكرة خاصة عند النظر إلى العقد الذى يلابسه غرض غير مشروع ولكنه غير ظاهر في العقد فهو يصحح العقد. ولكن يمنع ذلك العقد من إنتاج آثاره، فإذا أوصى رجل يكون في تركته خمر يهرقها الموصى بأمر السلطان<sup>(٣)</sup> ولكن لم يرد في المذونة ما يفيد بطلان الوصية أو الإجهاء وهذا يمشى مع الفكرة التى ذكرناها من صحة العقد ومنعه من إنتاج آثاره بفعل أو بتصرف، وقد أشرنا إلى ذلك مفصلا عند الكلام على النية المشروعة من العقد سواء كان لازما أو غير لازم، وكذلك لا تجوز الوصية للذمى وإن أوصى ذمى إلى مسلم يجوز إلا إذا كان في تركته خمر أو خنزير أو خاف أن يهرم الجزية، وهذا بفاة لا يفيد

(١) ابن عابدين ج ٥ .

(٢) الأخباء والظائر ج ١ ص ٣٢١ .

(٣) المذونة الكبرى ج ١٤ ص ٣٧ .

بطلان الإيصاء، وقد رأينا أن الحكم هو في الحالة الأولى إراقة الحجر وهذا لا ينظر المذهب للمالك إلى نية الماقد بقدر ما ينظر إلى الآثار التي ترتب على القصد ويمنحها - حتى مع صحة القصد - إذا كانت تؤدي إلى إيذاء مقاصد الشارع ..

### ثالثاً : القرض

#### استقاراه :

القرض في الفقه الإسلامي عقد غير لازم وقد اختلف في ركنه ، فقال محمد . ركنه الإيجاب والقبول وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف والأخرى أن الركن في القرض الإيجاب أما القبول فليس بركن ، وجه القول بأن القبول ركن . وهو قول محمد أن الواجب في ذمة المستقرض مثل للمستقرض فهذا يختص بجوازه بملكه مثل ، فأشبه البيع فكان القبول ركناً فيه كما في البيع - أما وجه قول أبي يوسف الآخر فهو أن القرض إعارة والقبول ليس بركن في الإعارة - وللقرض أن يسترد ما أقرضه إلى المقرض في أي وقت أراد لأن القرض عقد غير لازم<sup>(١)</sup> - وللقرض شبهان فهو في ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه أخرج بعض المال من ملكه بدون عوض في الحال وهو في انتهائه شبيه بالمعوضة من ناحية أنه ينتهي بأداء مثل القرض إلى المقرض ليستوفي مثل ما أخرجه من ملكه<sup>(٢)</sup> .

والقرض لا يفيد الملك إلا بالتبض لشبهه بالتبرع - وذهب أبو يوسف إلى أن المقرض لا يملك القرض بالتبض فحسب بل باستهلاكه أما بالتبض فيدخله في ضمانه .

(١) البائع ج ٧ ص ٣٩٤ .

(٢) أحكام الماملات للاستاذ الشيخ علي الحقيف ص ١٠٩ .

والقرض مشروع بالكتاب والسنة والإجماع — قال الكتاب في قوله تعالى « واضلوا الخير لعلكم تفلحون » — ومن أفعال الخير الإقراض لأنه يفرج عن المعوزين — وبالسنة في قوله صلى الله عليه وسلم « من نفع أخيه كربة من كرب الدنيا نفع الله عنه كربة من كرب الآخرة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » والإجماع من تعامل المسلمين به منذ الصدر الأول بنير نكير من أحد، والأجل في القرض غير لازم كما ذهب إلى ذلك الإمام الشافعي وأحمد ابن حنبل، ويجوز للمقتض أن يرد القرض في أى وقت ويجوز للمقرض أن يطالب به رغم الأجل، ووجه قولهم بعدم لزوم الأجل أن المقرض متبرع لأن القرض تبرع وليس على المحسن من سبيل فإلزامه بالأجل لا يجوز وذهب مالك إلى أنه إذا اتفق على الأجل لزم المقرض لمعوم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »<sup>(١)</sup>.

#### انتهاء من القرض :

ويجب أن يكون الباعث على القرض مشروعاً إذ أن القرض في ذاته هو فعل خير، فلا يجوز أن يؤدي إلى معارضة أوامر الشارع ونواهيها فلا يصح أن يمر إلى منفعة — إذ لا يجوز أن يشترط القرض رد أكثر مما أخذ بالقرض — فالسلف الذي يمر منفعة لا يجوز<sup>(٢)</sup> بل لا يجوز الهدية من الدين إلى الدين قبل الوفاء إلا إذا كان ذلك متعارفاً بينهما<sup>(٣)</sup> وكذلك لو شرط زيادة قدر أو صفة قسد القرض<sup>(٤)</sup>.

(١) لم نقأ أن نحصى في بحث الأجل في القرض لأنه يخرج عن موضوع البحث.

(٢) للمدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٠٠.

(٣) للرجع السابق.

(٤) الوجيز للقراني ج ١ ص ١٠٨.

على أن المذهب الحنفى — يميز أن يكون الأداء في القرض أفضل من الأداء لقوله صلى الله عليه وسلم « خيار الناس أحسنهم قضاء » وذلك إذا لم تكن الزيادة مشروطة في القرض ، أما اشترط الزيادة فهو حرام بلا خلاف<sup>(١)</sup> فإذا كان قصد القرض جر النفع من وراء القرض فإن ذلك القرض يبطل ولا يجوز للقترض دفع الزيادة ، ولا يحل للقترض أن يتقاضاها — والواقع أن الباعث الذى يمد غير مشروع في القرض بصفة عامة في الفقه الإسلامى هو الرغبة في جلب منفعة عن طريق القرض — وبقية البواعث الأخرى غير المشروعة تدخل تحت الآية الكريمة « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »<sup>(٢)</sup>.

وقد وضع ابن حزم قاعدة في القرض الذى يجر منفعة في شأن هدية المدين وذكر أنه يجوز التهادى بين المدين والمأمن إذا لم يكن المأمن قاصداً للحصول على الربا — أما السلف الذى يجر منفعة فليس منهياً عنه عند ابن حزم لأنه إذا كانت الهدية من الغريم أو الضيافة عنده حراماً أو مكروهة ، لما أغفل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم — أما وجه جواز السلف الذى يجر منفعة فإن كل سلف يجر منفعة وهذه المنفعة هي ضمان القرض لله تلف أو لم يتلف وشكر القرض<sup>(٣)</sup>.

والغريب أن يعتمد ابن حزم في تحديد القرض الذى يجر منفعة على نية القرض وهى أمر خفى — كما أن الغريب أن السلف الذى يجر منفعة لا يكون

(١) المتناوى المتنية ج ٢ ص ٢٠١ — الذى ج ٤ ص ٣٦٠ .

(٢) لأن القرض عون لا يجوز أن يوجه إلى ما فيه إثم — غير أن غالب ما أشار إليه الفقهاء هو استخدام القرض كوسيلة للحصول على الربا

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٧٤ — ٨٦

حرماً إلا ما كان عن الشرط بينهما كما يقول ابن حزم — قد اعتمد على النية أولاً ثم طرحها ثانياً .

ومن القرض المتنوع حتى لا يؤدي إلى الفساد القرض في الجوارى — وقد منعه أبو حنيفة والشافعي ومالك — وأجازوه ابن حزم مع أن الأئمة الثلاثة وصفوه بالشناعة والبشاعة — وأفاض في رد حججهم في الحل — ومع ذلك فرأى الأئمة الثلاثة أولى بالنظر والاعتبار — وإذا كان القرض تبرعاً وإعانة على الخير فلا يجوز أن يؤدي إلى الفسدة — وهي تقع غالباً من جراء هذا النوع من القرض . وهناك أمر آخر نود أن ننبه إليه ، وهو أن كل مالم يميز بينه لاشتباه البائع غير المشروع في الثقة الخفي كبيع القرد أو آلات اللهو — لا يجوز إقراضه <sup>(١)</sup> — لأن البائع هنا يستخلص من طيبة الحل ، ولا يجوز إعارته لنفس السبب أخذاً بمقياس موضوعي وهو أن الاستعمال المتداول لثل هذه الأشياء يملئه الشرع وهو التلهي بها .

والقرض وهو تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لا يجوز أن يؤدي إلى غاية غير مشروعة ، فقد رأينا الاتحاق على منع هدية المقرض إلى القرض حتى لا يجبر القرض إلى الربا — وهو يكره حتى ولو صحت نية المدين على عدم الربا <sup>(٢)</sup> حتى لا يتخذ ذريعة لتجوير الربا وقد رأينا أن إقراض جارية بمنع لما يؤدي إليه من فساد ولم تر مبيحاً له غير ابن حزم — وهذا القرض ممنوع سواء اشترط المقرض رد عين الجارية أو مثلاً ، فلا يجوز كل ذلك إلا إذا حلت للمقرض والمنع هنا من باب منع ما يؤدي إلى الفساد .

(١) البدائع ج ٥ ص ١٤٤ والأئمة التي فيه من بيع القرد وآلات اللهو والخلاف في شأنها ويلاحظ أن المقياس هنا موضوعي هو الاستعمال التاليفي .

(٢) مواهب الجليل ج ٥ ص ٣٦٣ ويلاحظ هنا أن النية لا وزن لها في الحكم على العقد

(٣) حاشية السوق ج ٣ ص ٢٢٤

وقد يكون البيع مقصودا به القرض الربوي فلا يكون البيع مقصودا أصلا وإنما القرض الذى يجر ربا وذلك كافي بيع العينة ، وهنا يطلق الباب أمام الربا المنعول ولا يحول دون ذلك صورة البيع — وهذه الصورة أن يتفق اثنان على القرض والربا ويدخلان بينهما بيما صوريا فيبيع القرض للمقترض عينا بأكثر من العين الذى يريد إقراضه بمقدار الربا الذى يريد ويكون الثمن نسئته ، ثم يبيع للمقترض العين بأقل منه إلى القرض أو غيره بضمن عاجل وتكون النتيجة أن المقترض تسلم مالا أقل مما يلتزم بالوفاء به للقرض — وهذا البيع جائز في الذهب الحنفى وإن كرهه الإمام محمد<sup>(١)</sup> — والتريب أن يبيع الفقهاء منع هذا القرض لعمى شبهة الربا ، ولم يشأ أن يمنعه للقرض غير المشروع ، وللذهب المالكي يفرق بين بعض القروض فإذا كان مشتري السلعة يريد بيعها في نفس وقت شرائها فلا خير فيه<sup>(٢)</sup> ولا ينظر إلى البائع إن كان من أهل العينة أم لا ويلحق ذلك بالكروه<sup>(٣)</sup> — وأجاز ابن حبيب هذا القرض أو البيع إذا لم يكن هناك تعريض أو مواصلة أو عادة وهى كلها ظروف موضوعية خلاف النية وقد كره الإمام أحمد إقراض بنى آدم ، ويحتمل أنه أراد الإمام دون العبيد<sup>(٤)</sup> وهذا القول يكشف عن القرض غير المشروع الذى يشوب القرض غالبا في قرض الجوارى كما أشرنا من قبل فهو يؤدى إلى الخلوة للمنوعة شرعا ، وإذا صار الشيء للقرض غير مقنن ولا يحل الانتفاع به بطل القرض متى كان حكم الإسلام فيه كذلك ، فإذا أقرض ذميا آخر خراثم أسلما بطل القرض ولم يجب على المقترض شيء<sup>(٥)</sup> .

(١) فتح البدير ج ٥ ص ٢٠٧

(٢) مواهب الجليل لمصطفى ج ٦ ص ٤٠٤

(٣) للرجع السابق — ولاحظ أن القرض إذا باع السلعة التى اشتراها فوراً إلى القرض فلا ينظر إلى نية البائع أو المقرض لأن ذلك يؤدى غالبا إلى الربا .

(٤) للفتى ج ٤ ص ٣١٧ . (٥) للرجع السابق ص ٣٢٥ .



والقاعدة التي تحكم القرض من حيث غايته للشريعة هي التي تحكم المقود كلها سواء كانت لازمة أو غير لازمة — وهنا نرى الاعتداد بالناية من المقود وليس بنية المعاهد فهي ليست للناط كما نرى في كتب الفقه ، إذ تبنى أحكام المشروعية على ما يؤدي إليه المقود غالبا دون أن يفرق الفقهاء بين المعاهد التي تنجيه نيته أو يهدف إلى الوصول إلى المحرم وبين من لا يهدف إلى ذلك فالعبرة هي بما يؤدي إليه المقود ، فاقتراض الجارية يؤدي إلى الخلوة المنوعة أو لأكثر منها فلا يصح بنقض النظر عن نية المقرض أو القرض والمديونية لقاضي أو لأمر الجليش من المشركون لا تصح ، لأن ذلك يؤدي غالبا إلى غاية ممنوعة من الشارع — ونجد في كتب الفقه الإسلامي قارفا عاما عند بحث مشروعية المقود — بينها وبين القانون الوضعي إذ تنجيه آراء الفقهاء إلى البحث عن الناية من المقود وما يؤدي إليه المقود غالبا أما في القانون الوضعي فإن بحث الفقهاء يبدأ بالبائع غير المشروع أو قصد المعاهد من المقود ويدور الحكم ترتيبا على الباعث أو القصد.

### رابعاً - العارية

#### الافتقار لها :

العارية هي تملك اللقمة بجانا حال حياة المالك - وهي نوع إحسان - ويقول الكرخي هي إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تستند بلقظ الإباحة<sup>(١)</sup>.

وركن العارية الإيجاب من المير والقبول من المستعير وتستند بكل لفظ

(١) التي ج ٤ ص ٣١٧ .

يفيدها أو بالتعلل إذا دلت القرائن عليه - ولا تتم العارية ولا يترتب عليها أثرها إلا بالتبعض<sup>(١)</sup> - وللشافعية والحنابلة على أن العارية لا تقيد بمليك المنفعة مجاناً وإنما تقيد بإباحة فقط - وهو كما ذكرنا رأى الكرخي من الحنفية - والعارية عقد غير لازم من الجانبين فيجوز لكل من الطرفين فسخ العقد دون رضا الآخر سواء استوفى المستعير المنفعة أم لا ، ويجوز للأخير أن يرد الشيء المعار في أي وقت<sup>(٢)</sup>.

ومجوز إعارته كل ما يجوز إيجارته - أي ما يجوز الانتفاع به مع بقاء مئته منقولا كان أم عقارا .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز إعارته آلات اللهو والفساد لأن القرض منها في الغالب هو الخلفى وهو ممنوع - ولا يجوز إعارته الجارية كما سبق القول في القرض - وكذلك لا يجوز إعارته السلاح لأهل الفتنة أو أهل الحرب أو إعارته دار لبيع المحر فيها لأن في ذلك كله إعانة على المصيبة فلا يجوز وقد ورد النعم في هذا كله في أبواب البيع والإيجار في الفتنة وهو يعتمد حتماً على العارية لأن المقصود هنا أمر عام هو الغاية غير المشروعة وهي ذاتها في العقد اللازم أو غير اللازم<sup>(٣)</sup>.

كذلك لا يجوز العارية إذا كانت تؤدي إلى محرم - فلا تستعار الجوارى

---

(١) غير أن المالكية يرون أنها تنجز بمجرد القول إذا قبضت بمدة - كما أنهم يرون في الهبة أنها ترتب عليها آثارها بمجرد المعينة ويكون الموهوب له أن يطلب الوهاب بتليم العين الموهوبة .

(٢) غير أنه إذا ترتب على طلب المعير ضرر بالمستعير وكانت الإعاره مقيمة بمدة كالأرض للزراعة لم يميز المعير طلبها إذا كان الزرع لم ينضج وكان الضرر من الرد .

(٣) تراجع الأشئلة في الفتى ج ٤ ص ٢٨٤ ، المطالب ج ٤ ص ٢٩٧ - الفتاوى الحنفية ج ٢ ص ٣٢٢ .

للاستمتاع ولا يمار كافر عبدا مسلما كما يكره استخدام الإماء إلا لحرم<sup>(١)</sup>.

وهذا الحكم لا يختلف فيه المالكية عن المذهب الذى يعضدونه بالنسبة للعقد الذى تلاسه نية غير مشروعة فالعقد صحيح ، ولكن يمنع من تحقيق آثاره التى تؤدى أغراض الشارع ويكون ذلك باخراج الجارية من تحت يد المستعير ، وقد صرح بعض كتب المالكية بأن العقد صحيح<sup>(٢)</sup> ولكن المارية تبطل إذا قصد المير إعارة الجارية لنفس المستعير بحيث لا يصح إخراجها بإجارة مثلا لأن ذلك يؤدى الى المتنوع وهو الخلوة - وبعض الفقهاء رأى منع المارية في هذه الحالة اعتبارا بطروف العقد فتح اعادة الجارية المشتهة لخدمة أجنبي<sup>(٣)</sup>.

### السبب في عقود التبرع :

إذا كان السبب في عقد للماوضة هو للماوضة المتبرعة من الشارع والذى يشترط فيها التكافؤ في التزامات وحقوق الماقددين والناية للمشروعة من اللباذة فإن السبب في عقود التبرعات لا يحتاج إلى التكافؤ في آثار العقد ، وإنما يكون السبب هو الناية للمشروعة من التصرف ، وقد رأينا أنه في عقود الهبة والوصية والقرض<sup>(٤)</sup> والمارية . أن هذه العقود لا تلزم عاقدتها أو تلزم أحد الماقددين نحسب بمعنى أن كلا منهما أو أحدهما يستطيع التخلل من العقد بإرادته ، ولذلك فإن السبب هنا لا يؤدى إلا إلى حاية أغراض الشارع فقط دون أن يتعد دوره

(١) مواهب الجليل للطايب ج ٥ ص ٢٦٩

(٢) حاشية المسوق على الدرر ج ٣ ص ٤٣٦ .

(٣) حاشية المرقاوى على شرح التصريح ج ٢ ص ٩٩ وكذلك منع إعادة آلة الهبة .

(٤) القرض يعد من التبرعات ويعد من الماوضات وقد بحثناه في القسم الأول باعتبار أنه عند بحث الربا وبحثناه في هذا القسم باعتباره تبرعا ويراجع في ذلك المدخل لقننه الإسلامى المذكور سلام مذكور ص ٥٠٧ ، ٥٠٣ .

كما في عقود المعاوضة إلى حماية الماقد نفسه غير أننا نجد خلافاً بين الناية المشروعة من التصرف ، وبين الباعث كسبب للالتزام في النظرية الحديثة للسبب .

فالباعث قد يكون مشروعاً ولكن الناية التي يؤدي إليها التصرف غالباً تكون متعارضة مع أهداف الشارع ، ولذلك يبطل التصرف بنقض النظر من الباعث الذي لا غبار عليه ، وقد رأينا أن هبة الوالد لولده حتى لو كان الباعث عليها مشروعاً فلنراها قد تؤدي إلى الجور والظلم لغيره من أولاد الواهب . فالمقد ينظر إليه هنا كذريعة أو وسيلة لحجب ، وهو ذريعة أو وسيلة مباحة بحسب الأصل ولكن قد تؤدي غالباً إلى المفسدة حتى ولو لم يقصد المكلف ذلك وهنا يكون الخلاف فيما يؤدي إليه المقد غالباً المفسدة أو المصلحة<sup>(١)</sup> ، ونرى هنا أن دور النية أو الباعث قليل الأهمية إلى جانب التقدير الموضوعي الذي يقاس به المقد بحسب النتيجة التي يؤدي إليها ، فالمبرة بهذه النتيجة التي تترتب على المقد غالباً وليست المبرة بنية التصرف وحدها .

وقد كانت النظرية التقليدية في السبب في القانون الفرنسي تجعل السبب في التبرع هو نية التبرع ، وهو محل قد جعل الفقيه الفرنسي - كاييتان - كما قدمنا - يسلم باختلاط الباعث بالسبب في خصوص عقود التبرع ، ولكن كما رأينا فإن نية التبرع لا تصلح سبباً في الفقه الإسلامي ، لأنها لا تنفصل عن الناية التي يؤدي إليها المقد غالباً . وهي كذلك لا تنفصل عن البواعث في النظرية الحديثة للسبب والتي تمتد بالباعث وحده . أما في الفقه الإسلامي فإن الناية من المقد ينظر إليها بحسب معيار موضوعي مستمد مما يؤدي إليه المقد غالباً من مفسدة أو مصلحة ،

---

(١) أصول الفروع الإسلامي - على حياقة من ٢٧٧ .

وما إذا كان ما يؤدي إليه المقصد يتنافى وأهداف الشارع ومقاصده من المقصد<sup>(١)</sup> أم لا .

ومما يفيد في بيان الفارق بين النية والغاية أو النتيجة التي تترتب على المقصد أن الأحكام الشرعية جمة تعلقها بجهة تعلقها بالحل والحرمه ووجه تعلقها بالآثار الدنيوية<sup>(٢)</sup> .

ولما كان إبطال المقصد يتعلق بالنوع الثاني فإن العبرة تكون بالنتيجة وليس بالنية وحدها ، إذ أن قاعدة الأمور بمقاصدها مبناها على الإثم والثواب وليس على الأعمال الدنيوية<sup>(٣)</sup> .

ويكفل ذلك في نظرنا قاعدة أنه لا ثواب إلا بالنية فإن معنى ذلك أن الأخذ بالنية وحدها أو الباعث وحده محال للثواب والعقاب الأخرى أصلا<sup>(٤)</sup> .

---

(١) مقاصد الشارع في الضروريات وهي التي يحقق عليها حياة الناس الدنيوية والدينية وهي حفظ الدين والعقل والنفس والمال — والمجانيات وهي التي يحتاج إليها الناس لرفع الشقة ورفع المرح — والتصحيات وهي ما لا يدخل في التوجيع السابقين وترجع إلى اجتناب ما تأتاه العقول الراجحة والأخذ بمحاسن العادات — أصول التفرع الإسلامي — على حسب آفة ص ٢٤٨ — ٢٤٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٤ — ٢٥٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٦٨ — ٢٧٠ .

(٤) إن الحساب على مقتضى النية يكون أصلا حساب الآخرة — أما الحساب الدنيوي العبرة به بالظاهر ولا يمتنع ذلك من استخلاص النية أو الباعث غير المبرور كما قدسنا من ظروف المقصد أو محله أو عاقبه ولكن الأصل أن مجال إعمال النية هو في الحساب الأخرى .



## الفصل الثاني

### عقود الاستيثاق

الفرصة منها :

يطلق الفقهاء على العقود التي يراد بها حفظ الدين والتوثيق لادائه اسم عقود الاستيثاق أو التوثيق وعقود الضمان ، لأن هذه العقود كالرهن والكفالة يقصد بها تأمين الدين لقضائه ولا يقصد بها أصلاً أى شيء غير ذلك . فليس المقصود منها في الفقه الإسلامى أن ترتب التزامات متكافئة بين طرفيها ، ولذلك فلسنا في حاجة إلى بحث التكافؤ بين التزامات الماقردين وحقوقهما ، لأن ذلك محل الملاحظة الأولى التي أخذ الرهن أو أئتمنت الكفالة لتأييدها وضمان استيفائها .

والواقع أن عقود الاستيثاق قد يقصد بها إلى جانب هذا الهدف وهو ضمان الدين التبرع ، وذلك كالكفالة في بعض صورها ، وليس ذلك غريباً في الفقه الإسلامى لأن تسميات العقود فيه تتداخل ومنها ما يكتسب وصف التبرع والمفاوضة كالتبرع فهو تبرع إجباء ومفاوضة انتهاء ، ومنها ما يكون مقصوداً به الاستيثاق ويمد تبرعاً كالكفالة في بعض الصور ونحن لا يهمنا سوى دراسة الغاية المشروعة من العقد باعتبارها سبباً له حتى يكون العقد صحيحاً ، وقد بحثنا من قبل عقود التبرع التالية وكذلك ففحن حين نشير إلى عقود الاستيثاق إنما نقصد أن تكون هذه العقود متمحضة لهذا الغرض وحده ، فلا نلحها من عقود التبرع لأنها حينئذ تكون الغاية منها هي السبب كما سبق أن أوضحنا في الفصل الأول .

وتتناول عقد الرهن - والكفالة - فتشير بإيجاز إلى كيفية انعقادها ثم  
الناية للشروعة منها .

### أولاً - الرهن

#### انعقاد الرهن :

الرهن لثمة حبس الشيء بأى سبب كان ، وشرعاً جعل الشيء محبوساً بحق  
يمكن استيفاءه منه .

ويعتقد بالإيجاب والقبول ويتم القبض ، وهو مشروع بقوله تعالى  
« فهران مقبوضة » وما روى من أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى  
طعاماً ورهنه درعاً ، ويشترط فى الشيء المرهون ألا يمتنع وضع اليد عليه كرهن  
المصنف للكافر أو الجارية لمن ليس بعتل ولكن إذا وقع فالأصح صحته<sup>(١)</sup>  
وأن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل .

والقبض ركن فى الرهن لا يلزم إلا به وكيفية القبض فى المقول والمغار  
كما فى البيع<sup>(٢)</sup> ، وإذا تسلم المرتهن الرهن دخل فى ضمانه<sup>(٣)</sup> وقال الشافعى رحمه  
الله هو أمانة بيده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه .

ويشترط فى مقابل الرهن أن يكون ديناً ثابتاً فى الثمة سابقاً على الرهن  
أو موعوداً به أو عيناً من الأعيان المضمونة كالمقبوض على سوم الشراء ، أما  
الأمانات فلا يؤخذ لأجلها رهن - ويمحوز للراهن والمرتهن أن يضما الرهن عند  
عدل ويمحوز لهما أن يتفقا على ذلك بعد المقد .

وحكم الرهن أنه غير لازم للراهن بمجرد الإيجاب والقبول بل يلزم قط

(١) الهداية ج ٣ ص ٩٣ (٢) الوجيز لفرزاق ص ١٩٢ - ١٩٣ .

(٣) بداية المبتدى ج ٤ ص ٩٣ - على الحقيق أحكام المعاملات الصرية ص ٤٣٦ .



إذا سلم الشيء الرهن للرهن فلا يعود للراهن أن يفسخه - والامام مالك رضى الله عنه على أنه يلزم بالإيجاب والقبول إلا أنه لا يتم إلا بالقبض<sup>(١)</sup> ، وتام الرهن بالقبض محل اتفاق بين الفقهاء لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

ونلاحظ في الرهن خلاف عقود التصبرع أنه يترتب على التسليم متى تم حقوق الرهن ، فيكون للرهن حق حبس الرهن إلى أن يستوفى الدين الذى رهن به ، وله أن يحبس الرهن مقابل أى جزء من الدين لم يستوفه من الدين لأنه محبوبس كله بسداد الدين كله فلا يسلم إلا بسداده كله ولا يمنع وجود الرهن من أن يطالب الدائن الرهن بالدين لأن الرهن للتوثيق والدين قائم معه ، كذلك يكون للرهن مختصا بالرهن إذا تصدد دائنو الدين الراهن ، وله أن يستوفى دينه كله إذا تمكن - من الرهن ثم يستوفى الباقي مع الدائنين .  
قصة غرامه .

ولكن هذه الحقوق التى تنشأ للدائن للرهن بتام الرهن وقبضه ليست إلا ضمانا لسداد الدين فهي ليست حقوقا قائمة بذاتها ، بل الهدف منها تحقيق وظيفة الرهن كضمان للدين ولعلك لا يباح للرهن أن ينضم بالرهن إلا يأذن الراهن ونماء الرهن للراهن مطلقاً<sup>(٢)</sup> .

وهذه الحقوق التى تنشأ للرهن ما دامت ليست مقصودة لذاتها فإنه لا يشترط أن يقابلها حقوق للراهن ولا يشترط بالتالى أن يكون هناك تكافؤ في مضمون العقد بين الراهن والرهن لأن الأخير هو الذى يستحق الدين ويستحق ضمان الدين وعلى الدين أن يوفيه كلاهما .

(١) بغاية الميزى ج ٤ ص ٩٣ ، على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٣٦ .

(٢) المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٩٤ .

### الغاية من الرهن :

وبشروط ألا يؤدي الرهن إلى نتيجة غير مشروعة ، والغاية غير المشروعة هي التي تخالف أغراض الشارع — فالانتفاع بالتصود بالرهن هنا هو الانتفاع الجائز شرعا ، وهو ضمان الدين فلا عبرة بقصد الماقد في أى عقد إذا لم يكن الشرع يقره عليه<sup>(١)</sup> ، فلا يجوز أن يتخذ المقد وسيلة إلى محظور ولا يجوز الرهن في الحدود ولا في القصاص<sup>(٢)</sup> — كما لا يجوز رهن الحر والدبر وأم الولد لصغر الاستيفاء<sup>(٣)</sup> ، وكذلك لا يجوز في آنية من الفضة إلا بمثل وزنها حتى لا يؤدي الفارق بين الوزن والقيمة إلى الربا<sup>(٤)</sup>.

والقاعدة أن ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن كذلك ، وإذا كان الرهن هو حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه منه ، فإنه كما ذكرنا لا يجوز الرهن لشيء يصغر الاستيفاء منه أو يكون الاستيفاء منه ممنوعا بحكم الشرع كرهن الحر وأم الولد والدبر<sup>(٥)</sup> ونحن هنا نتكلم عن الرهن القدي ثم انعقاده بالقبض<sup>(٦)</sup> لأن الرهن تبرع لا يلزم الراهن إلا إذا قبضه المرتهن .

ولا يصح كذلك رهن خمر عند مسلم أو عند ذي ولو كان الراهن مسلما ، حتى إن كانت قدي ورهنها عند مسلم<sup>(٧)</sup> ، وهنا نرى أنه في الفرضين

(١) المرجع السابق ص ٨٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) الغاية ج ٤ ص ١٠٨ .

(٤) المرجع السابق ص ١١١ والملاحق في شأن ذلك فصل فيه .

(٥) الأم للشافعي ج ٣ ص ١٣٢ ، وتبين الحقائق لقزلي ج ٦ ص ٧٠ .

(٦) وإن كان عند الإمام مالك يلزم بالقد .

(٧) منج الجليل ج ٣ ص ٦٠ أما رهن قدي حرا عند ذي فلا يحضر لها إلا عند حماكهم إلينا .

يؤدي الرهن إلى غاية يمنحها الشارع ذلك أن رهن المحر إذا كان الرامن هو السلم يؤدي إلى الانتفاع بالمحر بحملها رهنا ، وهو وجه من وجوه الانتفاع وهو محرم كله ، أما إذا كان الرامن ذميا فإن رهن المحر لا يجوز لأن ذلك مقتضاه أن يمسك السلم المحر وأن ينفع بها على الأقل في التوثيق لدينه ولذلك لا يجوز أن تكون المحر محلا للرهن لأن ذلك يؤدي إلى ما يمنعه الشارع ، ولا يصح رهن جلد الميتة لأن ذلك مستلزم الانتفاع بحملها وهو جزء منها ولا يصح ذلك اتفاقا إذا لم يدين هذا الجلد<sup>(١)</sup> لأن الانتفاع بالرهن في التوثيق وهو غاية المقصد يكون في الوقت نفسه انتفاعا بآثار الشارع الانتفاع به ، وإذا كان رهن شيء معين من شأنه أن يضع هدف الشارع من ذلك الشيء ، أو الوجه الذي عينه الشارع للانتفاع به فإن ذلك الرهن لا يجوز ، ومن ذلك جلد الأضحية فهو مرتين لغاية أشرف وأما الشارع وللعنه هنا معنى يختلف عن منع رهن جلد الميتة<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان الرهن مقصودا به الاستيثاق فلا يصح أن يكون الاستيثاق للدين على حساب أغراض الشارع ، فلا يجوز رهن الكلب لأن السلم لا يصح له إمساك الكلب<sup>(٣)</sup> ، وكذلك يحرم رهن الدنانير والدراهم سدا للنرائع لاحتمال أن يكون قد قصد به السلف وسمياه رهنا<sup>(٤)</sup> ، وهنا لا يصح الرهن لسد القريضة إلى الربا ، ويلاحظ أن نية الرامن أو المرتهن ليست في الاعتبار بقدر الظرف المستعمل من كون هذا الرهن يمكن أن يؤدي إلى الربا وأن يكون الرهن صورة قرض فيه نفع وهو غير جائز .

(١) المرجع السابق .

(٢) لأن المنع في جلد الميتة نجاسته أما المنع في جلد الأضحية فلمنعها بحسب النجاسة منها

بولصح طهنية القسوق ج ٣ ص ٢٣٥ — ٢٣٦ .

(٣) على خلاف كلب الصيد فإنه يجوز رهنه — المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

وإذا تغير الشيء الرهن فصار إلى ما لا يحل لمساكه أو الانتفاع به .  
 للسلم بطل الرهن ، لأنه أدى إلى ما يمتعه الشارع فن ارتهن خلا فصار خرا  
 فإن الرهن يبطل كما تقدم ، وكذلك إذا ارتهن السلم عسيراً فصار عنده خرا  
 فانه يبطل الرهن أيضاً لأنه لا يحل للسلم الانتفاع بما ارتهته في توثيق دينه .  
 ويرفعها إلى الحاكم لأهراقها ، كما ورد عن الإمام مالك<sup>(١)</sup> — ويظهر أن تحريم  
 الانتفاع بما حرمة الشارع جعل الإمام مالك لا يميز رهن جلود الميتة حتى  
 ولو دبت<sup>(٢)</sup> ، أما جلود غير الميتة حتى ولو كانت من السباع التي لا يحل  
 أكلها فلا بأس برهنها إذا كانت ذكية ، أما الخنزير فلا يجوز أن يكون  
 رهناً اتفاقاً لأن الانتفاع به محرم ، وفي حالة ارتهانه ينضغ به في توثيق الدين<sup>(٣)</sup> .  
 ويلاحظ أن تحريم أكل لحم الخنزير هو في ذاته تحريم للانتفاع به كله وفي أي  
 وجه كان ، لأن التحريم إذا ورد على لحمه فهو يشمل ما دون ذلك ولأن تحريم  
 اللحم هو أولى بوجوه الانتفاع يدل على تحريم ما دون ذلك من أوجه الانتفاع<sup>(٤)</sup>  
 سواء بالأكل أو الشراء أو البيع أو الرهن .

وإذا كان عقد الرهن لتوثيق دين معين فلا يجوز أن تكون الغاية منه  
 إعانة على مصيبة ، فبعض الديون تكون باطلة ولا يمتد بها الشارع الإسلامي  
 مطلقاً ، ولذلك لا يجوز الرهن توثيقاً لتلك الديون فهو من باب الإعانة على المصيبة  
 فإذا رهن شخص شيئاً لغيره لأجرة النأحة فهذا الرهن باطل لأن فيه توثيقاً لدين  
 لا يلزم كذلك الرهن ضماناً لأجرة النفية<sup>(٥)</sup> — وذلك بالطبع إذا كان الشيء

(١) المصنوع ج ١٤ ص ٣٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ص ٢٥ .

(٤) أحكام القرآن للبيهقي ج ٧ ص ٧٠ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٣٥ .

الرهن جائز الانتفاع به لأن الغاية من القيد حينئذ - وهو عقد الرهن تصبح غير مشروعة إذ تخلص إلى توثيق دين باطل وإعانة دائئه على استيفائه <sup>(١)</sup> .

وهنا نرى القاعدة أن ما فيه إعانة على موصية لا يجوز ، وإن كان هو في ذاته ليس موصية - فمن ثمرى جائز الانتفاع في ذاته هو عقد جائز ، ولكن إذا كان فيه توثيق لدين غير مشروع فيكون التوثيق والضمان في ذاته إعانة على الموصية فيعزم لهذا السبب ويطل القيد قلت - وأكثر من يصرح بذلك ابن حزم الظاهري فهو رغم منعه الظاهري - يمدح إلى الأخذ بالنيات ويحتج بقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » والمقود والتصرفات التي ذكرناها تعاون ظاهر على الإثم والعدوان <sup>(٢)</sup> .

### ثانياً : الكفالة

#### انقضاءها :

الكفالة شرعاً هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة بدين أو عين أو نفس - فالذمة للمضمومة هي ذمة الكفيل وهو المضمن الملزم بتأدية ما على الأصل من الحق ، والذمة المضمومة إليها هي ذمة الأصل وهو الطالب في الأصل ، وتنتقد الكفالة بالإيجاب والقبول من الكفيل والكفول له - وروى عن أبي يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام ، وهو يتم بعبارة الكفيل

(١) الرجوع السابق .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٠ ولا يجوز رهن المصحف عند كافر ومع ذلك لا يفسخ إن وقع ولكن يوضع المصحف عند عدل وكذلك رهن الجارية التي تنهى إلا أن توضع عند عدل ولا يجوز رهن المبد المسلم عند الكافر حتى لا يتسلط عليه - الأتم للشافعي ج ٣ ص ١٣٢ والروضة عند عدل في الحالات السابقة هو منع القيد من إنشاء آثار مخالفة للشرع - وراجع حاشية الشرح على شرح التحرير ج ٢ ص ١٣٩ .

والمطالبة تثبت للكفول نتيجة التزامه لا تملكاً بقدر<sup>(١)</sup> وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة واستدلوا بحديث جابر رضى الله عنه - فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بميت ليصلى عليه فقال عليه السلام «أعلى صاحبكم دين» قالوا نعم يا رسول الله ديتاران - فقال عليه الصلاة والسلام «صلوا على صاحبكم» فقال أبو قتادة ما على يا رسول الله - فصرى عليه - وفى ذلك ما يفيد أن الكفالة تتم بالإيجاب وحده لأن القبول لا يتصور فى هذه الحالة .

وتعد الكفالة من التبرعات ( وقد بحثناها هنا لأن صفة الضمان فيها غالبية ) وهى عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل فلا يملك أن يفسخه دون رضا المكفول له ، إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط فيجوز له الرجوع قبل ترتيب الدين وشغل ذمة الأصيل به ، أما بعد ذلك فلا يجوز .

أما المكفول له فلا تلتزمه الكفالة لأنه لا يجبر على قبول التبرع ويجوز له أن يفسخ الكفالة فى أى وقت .

والكفالة تكون بالدين أو الدين أو النفس .

والكفالة بالدين تصح سواء كان الدين محددًا أو غير محدد ، وسواء كان ثابتًا فى القيمة أم لم يكن ثابتًا وقت الكفالة - غير أنه إذا اختلف فى مقدار الدين كان الكفيل مأخوذًا بإقراره هو لا بإقرار المكفول له أو اتفاقهم دأته . والكفالة بالنفس توجب على الكفيل إحضار الشخص الذى كفه ليستوفى منه حق كدين أو قصاص - وتبرأ ذمة الكفيل بإحضار الكفول عند طلبه أو بإحضاره والإعلام بأنه أحضره بناء على الكفالة .

والكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه يرجع الكفيل بما يؤديه - أما

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية - على الحنفى ص ٤٤٣ .

إذا كانت بنير أمره كان متبرعا<sup>(١)</sup>.

### الغاية من الكفالة:

ومتى كانت الكفالة لما غرض محدد هو ضمان الدين باستيفائه من الكفيل فإنه لا يكون فيها التزامات متعاقبة بين الكفيل والكفول له، ولا ينظر هنا إلى حقوق كل من الماقدين الناشئة من العقد بل ينظر فقط إلى الناية من العقد لأن التكافؤ في حقوق الماقدين والتزاماتها غير مطلوب شرعاً، فلا تجوز كفالة دين هو بمن خر أو بمن محرم، ولا تجوز كفالة دين هو بمن سلاح يشتره أهل الفتنة — وما دامت الكفالة تبرعاً فإنه يشترط فيها ما يشترط في التبرع من أن تكون غايته لا تؤدى أغراض الشارع — ذلك أن الكفالة وغيرها من العقود التي يقصد بها الاستيثاق ما هي إلا وسائل للحصول على الدين فلا يجوز اغتازها ذريعة إلى المحرم — وقد استدلل الفقهاء على مصادرة البواحت غير المشروعة في العقود بقوله تعالى « ولا تناوئوا على الإثم والعدوان »<sup>(٢)</sup>.

وكفالة الدين الباطل كتمن الخمر التي اجتاعها المدين أو كفالة دين الدين الذي نشأ عن قمار أو رهان يحرمه الشارع هو اعانة على المصيبة فيبطل العقد الذي لا هدف له إلا استيفاءه لأنه ممنوع شرعاً.

ومن شروط الكفالة أن يكون الدين لازماً فلا تجوز الكفالة ببذل

---

(١) ورأى مالك الرجوع مطلقاً — الماعنات الشرعية لأحد إبراهيم م ٢٠٠ — وفي خصوص الكفالة بالنفس — روى عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز لأنها أشبهت الكفالة في العقود بداية المجتهد ج ٢ م ٧٤٤ .

(٢) محمد سلام مذكور في الفتاوى الإسلامية م ٤٠٠ .

الكتابة ولا يجوز الكفالة في الحدود والتقصص لأنها غير مقدورة التسليم<sup>(١)</sup> وعدم جواز الكفالة في الحد أو التقصص أنهما من حقوق الله تعالى ، ولعدم تحقيق المقصود منهما في حالة الكفالة بهما وهو الزجر<sup>(٢)</sup> — وإذا كفل مسلم عن ذى ينجر لى قيل لا يصح مطلقا وقيل لو كانت النجر بعينها عند المطلوب يصح على قياس أبي حنيفة اذ يجوز عنده للمسلم نقل النجر كما لو أجر نفسه لنقلها<sup>(٣)</sup> والأول أصح لأن الفرض من الكفالة توثيق الدين وضمانه فإذا كان هذا الضمان ينتفع به دين ناشئ عن خر أو هو النجر بعينها كان ذلك مخالفا لفرض الشارع ، ويحتمل أن مذهب الامام أبي حنيفة راعى أن النجر مضمونة بين ذى وذى آخر، وإذا كان الدين الذى توفقه للكفالة ليس بمضمون شرعا لم تصح الكفالة كالتمن الذى باع به صبي محجور عليه أو المال الذى يدفع إلى المحجور عليه لآخاه<sup>(٤)</sup> ذلك أن الكفالة تنجبه إلى التوثيق فى نفس أو عين أو دين فى النفس المقصود إحضار الكفول وفى الدين ضمانها وفى الدين أداؤه وعندئذ يجب أن تكون العين أو الدين مشروعا ومضمونا لأنه لا يجوز ضمان عين لا يباح للمسلم إمساكها أو الانقضاء بها كالنجر أو الخنزير أو ضمان دين غير لازم أو نشأ عن سبب غير مشروع .

وبعض ما يشترط فى الكفول به يهدف أساسا إلى منع الوصول إلى غرض

(١) البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠٦ وقد ورد فيه أن سبب الكفالة تحقيق المطالب على المطلوب مع قصد الخارج رضه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو لزالة للأذى عن نفسه وسبب شرعيتها وضع هذه الحاجة — المرجع السابق — وليس هنا من السبب الذى نبهت به المحكمة من تعريض الكفالة ولا ممانعة إلا فى القفط نجب .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٤) المرجع السابق السابق ص ٢١٧ ، ٢٣٠ .



غير مشروع بمقد غايته التوثيق فن شروط المكفول به أن يكون مضمونا على الأصل<sup>(١)</sup> ومعنى ذلك ألا تصح الكفالة بشئ خمر أو خنزير أو آلات لمول لأن هذه الأشياء ليست مضمونة على الأصل فلا يصح توثيقها بالكفالة — فان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به كدين غير لازم — إذ من شروط الكفالة أن يكون الدين لازما<sup>(٢)</sup> فلا تجوز كفالة ما لم يجب كقرض لم يستقرض بعد ولا ضمان ما لا يدري مقداره<sup>(٣)</sup> .

ولا يجوز ضمان الوجه أصلا لا في مال ولا في حد فلا يصح لإنسان أن يكفل منهما في تهمة ، ويقول ابن حزم أن ذلك أحد قولى الشافعى ، وأجازه أبو حنيفة ومالك بشرط أن تقتصر على اللال ، وأبطل ابن حزم ذلك مطلقا لأنه شرط ليس في كتاب الله — شأنه في ذلك كذهب في الشروط — وأفاض في رد أخبارهم التي تميز هذا النوع من الكفالة<sup>(٤)</sup> وفي رأينا أن كفالة الوجه لا سند لها من الحديث « أن النبي صلى الله عليه وسلم كفل في تهمة » بعد أن ضعف ابن حزم روايته — ولا سند لها من الحكمة في الكفالة إذ هي توثيق لا يرد إلا على عين ضمانها أو دين لاستيفائه أو نفس لإحضارها فحسب ، وقد رد ابن حزم قول القائلين بمجوازها بعد أن ضعف رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن عمر بن الخطاب وأفاض في تسفيه رأى من قال بمجوازها ، لأن الكفالة في هذه الحالة تخمس إلى جور وعظم يقع على مال الناس أو أنفسهم وهو ممتنع من جهة الشارع .

(١) الباقى ج ٦ ص ٧ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ٢٩٦ .

(٣) المحلى ج ٨ ص ١١٧ .

(٤) للرجع السابق ص ١١٩ ، ١٢١ .

### مقارنة :

ياخذ الفقه الإسلامى فى تقسيم العقود بسدة صفات منها الزوم وعدم الزوم ومعناه قدرة أحد العاقدين أو كليهما على التصالح من العقد بإرادته ، ومنها صفة المبادلة للعقود التى يتم فيها تبادل الأعيان أو المنافع بالمال ويقابلها عقود التبرع وهى التى لا تتم فيها عملية مبادلة كما يأخذ أحياناً فى التقسيم بالهدف من العقد كمعقود الاستصفاغات كالوديعه وكعقود الاستيثاق أو الضمان كالرهن والكفالة .

ولكن القانون يحمل كل هذه العقود رضائية أول الأمر كما هى القاعدة فى العقود كلها ( باستثناء الرهن الرسمى ) — ثم ينظم عقد الرهن ( الحيازى ) باعتبار أنه يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه فى المواد من ١٠٩٦ — ١٠٩٨ مدنى ، وينظم الكفالة باعتبارها من العقود السماة فى المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ مدنى .

والقاعدة فى القانون المدنى بالسبب لسبب العقد إذا اعتبرنا النظرية الحديثة هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإذا اعتبرنا النظرية التقليدية فهو الالتزام المقابل فى العقود التبادلية — وإذا كانت هذه العقود تبرعات فإن السبب هو نية التبرع التى تحتلظ بالباعث .

ولكن هذه العقود جميعاً وهى عقود الاستيثاق الأصل فيها فى الفقه الإسلامى أنها تبرع ويكون السبب فيها هو النية للشروع من العقد لأن العقد غاية محددة هى ضمان استيفاء الدين ، وهذه النية المحدودة لا يجوز للعاقد أن يتسداها فلا يجوز للرهن أن ينتفع بالرهن بنور إذن الراهن ، ولا يجوز للعاقد أن يتقاضى من الحال عليه مثلاً أكثر من دينه صفة وقدرراً لأن الهدف من هذه العقود هو هدف تبنى بطبيعته ، والأصل هو الالتزام المكفول أو المرهون من أجله وهو وحده

الذى يقابل بغيره ، أما واجبات الرهن أو المرتهن أو الكفيل والمكفول فهى لا تقابل بمعنى تقابل الالتزامات التى نعرفه فى عقود المعاوضة سواء فى القانون أو للشريعة الإسلامية وإنما فرضت هذه الالتزامات أو تقررت هذه الحقوق حتى يؤدى المقعد غايته .

فالسبب فى عقود الضمان يخلص فى الغاية المشروعة من العقد ، لأن هذه العقود من المسلم أنها ليست عقود مبادأة ولا تقابل فيها الالتزامات بل إن الأصل فيها أنها عقود تبرعات ، وتكون معاوضات فى أحوال معينة كالكفالة بأمر المدين مثلا ، وإذا كنا فى هذه العقود لا نبعث عن المبادأة ولا نبعث بالتالى عن حماية الماقد فى عملية مبادأة بينه وبين الماقد الآخر فإن لهذه العقود وظيفة اجتماعية هى التوثيق بما يكون له أثره فى دعم الثقة فى المعاملات — وهذه الوظيفة جعلت الشارع يعظم هذه العقود بحيث تؤدى هذه الوظيفة فحسب . أما حماية الماقد فإن مجالها هو الالتزام المكفول أو الذى يضمنه الرهن .

ولإذا كان الرهن مثلاً يتم بالقبض كما تم الهبة والمارية فلا نستطيع أن نقول إن القبض هنا سبب المقعد — كما قيل فى النظرية التقليدية الفرنسية فى السبب عندما يكون المقعد عينياً ذلك لأن القبض لا يفيد الالتزام طالما كانت صفة الزوم فى المقعد متضية سواء كان عدم الزوم من جهة أحد الطرفين أو كليهما . ومن ناحية أخرى لا نستطيع أن نتمدد على المقابلة فى الواجبات التى تقع على الرامن أو المرتهن أو الكفيل والمكفول عنه لأن ذلك يخرجننا عن هدف الشارع من المقعد وهو مجرد الضمان والتوثيق وليس تبادل الأعيان والمنافع — فمقود المبادأة محاطة بسياج محكم من التنظيم روعى فيه أنها العقود الثالبة وأنها ذات صفة التصادية ومالية واضحة .

وليست العقود التي ذكرناها في هذا الباب هي العقود غير اللازمة كلها فإن صفة الزوم قد تكون محل شك في عقد تم فيه عملية مبادلة ولكنها من نوع خاص وذلك كمقد الجمالة، وهو عقد يتقابل فيه العمل المطلوب من الجاعل والجعل ولكن لزوم هذا العقد ووقت الزوم محل اختلاف بين الفقهاء<sup>(١)</sup>. وإنما قصدنا أن صفة الزوم في العقد وصفة تتقابل بين الالتزامات بتجمعان دائماً ذلك أن إعطاء كل من العاقلين أو أحدهما الاستقلال بفسخ العقد يتنافى مع للبادلة العقدية التي تنظمها الشارع في عقود المعاوضة تنظيماً يؤدي بها إلى التكافؤ بين حقوق العاقد والتزاماته من العقد.

فإدام العقد ليس من عقود المعاوضة — فإن السبب يكون هو الناية من العقد، فلا يجوز للعاقلين أو لأحدهما أن يستهدف من العقد غير ما قصده الشارع منه والقياس بهذا في اعتبار قصد العاقد هو مقياس موضوعي إذ للنيات والبواعث لا أثر لها بمفردها. ولكن بما ينتج عن العقد عادة — فالهبة لأحد الأبناء غصب أو الوصية لأجنبي بأكثر من الثلث قد يكون الباعث عليهما مشروعاً ولكن يؤدي العقد في الحالين إلى الأضرار بالأبناء الآخرين أو الورثة ولذلك وصف النبي صلى الله عليه وسلم الهبة في الحالة الأولى بأنها جور كما أن الوصية في الحالة الثانية تسمى وصية الضرار اعتباراً بضررها على الورثة.

ومعنى ذلك أن اعتبار قصد العاقد لا يكون بمفرده... ولا يكون لذاته

---

(١) يتم هذا العقد من طرف واحد — وتذهب النافى وأحد إلى أنه غير لازم الجاعل قبل تمام العمل ولازم منه — وجهه الإمام مالك غير لازم قبل الشروع في العمل وبزوم الجاعل بعد الشروع — والخاتمة عدوه لإبارة فسدته يلزم فيها أجر للثل للعمل بشرط ألا يزيد على المسمى.

بل يكون مع اعتبار نتيجة العقد بحسب الغالب - وهذا للأدراك التي يمكن أن تقتضا إجازة هذا العقد - وقد فصلنا ذلك فيما تقدم .

### غاية العقد وغاية العاقد:

والغاية من من العقد هي غاية الشارع أو قصد الشارع منه فهو الذي يمول عليه ، فإذا خولف قصد الشارع فإن العقد لا يكون أكثر من وسيلة للوصول إلى ما حظره الشارع ، وهنا لا نعتد بنية العاقد أو باعته، ونحن نجد لذلك سنداً فيما أورده الشاطبي في المواقات في مقاصد المكلف إذ يقول - صار فريق من المجتهدين إلى تغليب جانب القصد ( قصد المكلف ) فخلّفوا من العبادات ما يجب تلفيه وصحّحوا المعاملات، وصار فريق إلى الفساد بإطلاق وأبطلوا كل عبادة أو معاملة خالفت الشارع ميلاً إلى جانب العمل الخائف، فهنا نرى التفرقة واضحة أشدّ الوضوح في مسألة اعتبار قصد المكلف والتفرقة بين اعتبار هذا القصد في العبادات - « وبعض العبادات من أركانها القصد أو النية » واعتبارها في المعاملات - أما قصد الشارع فهو يتعين مراعاته دائماً ولذلك فإن كل كتب الفقه تقريباً لا تصرّح بإبطال العقد بناء على القصد أو النية وإنما بناء على أن العقد يؤدي إلى محذور منعه الشارع سواء كان باعثاً للعاقد الوصول إلى المحذور أو لم يكن وإنما يؤدي إليه العقد غالباً<sup>(١)</sup> .

فالذا تمارض قصد العاقد مع قصد الشارع فلا اعتبار لقصد العاقد ، ويبطل العقد - وقد ذكرنا أن الفقه الإسلامي سدّ ثغرة هامة بين مرحلة قصد العاقد

(١) المواقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٥ .

(٢) لم نضم القول استنواً لما ذكره ابن القيم في أعلام الموقعين من أن القصد روح العقد ومصححه ومطله - يراجع ما تقدم في بحث الغاية المشروعة من العقد .

المجرد ومرحلة العقد الذى يؤدى مقاصد الشارع فعلا . وذلك عن طريق إعمال مبدأ سد القرائح - وبحسب تقدير موضوعى للخطر الذى يهدد مقاصد الشارع وهذا التقدير هو الضرورة التى تتراوح بين أن يؤدى العقد قطعا إلى مخالفة قصد الشارع أو تكون الوسيلة وهى العقد مؤدية إلى هذه المخالفة علنا سواء كان ذلك الظن راجعا أو مرجوحا ، ومعنى ذلك أننا قد نجد التصرف صحيحا فى المعاملات حتى مع قصد المكلف أو الماقد المخالف لقصد الشارع مادام العقد فى ذاته لا يؤدى قطعا أو علنا إلى مخالفة أغراض الشارع فعلا .

يقول الشاطبي «حيث قلنا بالصعّة فى التصرفات المادية وإن خالف التقصد قصد الشارع فإن ماضى الكلام فيه على اصطلاح الفقهاء وأما إذا اعتبرنا ما هو مذكور فى هذا الكتاب ( الموافقات ) فى نوع الصعّة والبطان من كتاب الأحكام فكل ما خالف قصد الشارع فهو باطل على الإطلاق لكن بالتفسير المتقدم» (١).

والتفسير المتقدم هو أن أثر التصرف لا يترتب عليه ديانة فقط فلا يترتب عليه مرجو الثواب أو اعتذار العقاب بحسب، لأن صفة العقد وإنتاجه آثاره مسألة أخرى تخضع كما ذكرنا لمقاصد الشارع فهى التى يبطل العقد إذا خالفها وكان وجه الخلاف قطعيا أو ظاهريا بقلن راجح .

على أننا نجد ابن القيم صاحب أعلام الموقعين وهو من أشد الفقهاء أخذنا بالمقاصد يقول فى أعلام الموقعين ، إن قاعدة الشريعة التى لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات كما هى معتبرة فى المبادىء فالتقصد

والنية والاعتقاد يحمل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً<sup>(١)</sup> ونجد  
يقول أيضاً « فن سد القرائن اعتبر المقاصد ومن يسد القرائن لم يعتبر المقاصد »  
وبذلك يتبين لنا الربط بين اعتبار القصد في العقد أو الباعث عليه وبين  
سد القرائن عند التطبيق — فالقول باعتبار القصد أو الباعث ليس معناه أن  
ترجع في شأن صحة العقود إلى مقياس غامض أو لا يمكن اكتشافه كقياس  
القصد أو النية — وإنما ينحصر القصد والباعث لبدأ يأخذ بتقدير موضوعي —  
وهو مبدأ سد القرائن وقد فصلنا القول فيه فيما تقدم.

فإذا كانت للمأوضة التي يعتبرها الشارع والتي تؤدي في رأينا دور السبب  
في الالتزام في القانون الوضعي — يشترط لها أن تحقق التكافؤ في الالتزامات  
العقادية في عقود المبادلات المالية — والنية للشريعة من الهادة، نجد أنه  
في العقود غير اللازمة كالبيع والوفاء في عقود التوفيق — في غالب أحوالها —  
لا يشترط سوى النية للشريعة من العقد — وهي قصد الشارع من تشريع العقد  
فإذا خالف للكلف أو المآخذ قصد الشارع — فإن العقد يبطل — لا على أساس  
الأخذ بالمقصد أو الباعث أو النية بحسب — وإنما بإعمال مبدأ سد القرائن —  
وهو وسيلة دقيقة — يصفق بها حفظ مقاصد الشارع دون أن نخشى الخطر على  
استقرار التعامل من أخذ المآخذ بنيته فصعب وهو أمر غير ميسور — ودون  
التضييق في حقوق الشارع والانتظار بالعقد حتى تصفق غايته التي لا يقرها  
الشريعة .

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ .

## خاتمة

عرضنا في الباب التمهيدي من الرسالة ملامح نظرية السبب في القانون الفرنسي والعصري وفي القانون الإيطالي ثم في القانون الإنجليزي - ثم بدأنا بالقسم الأول منها في تحديد فكرة السبب والالتزام في الفقه الإسلامي - وبيننا مانراه سبباً للالتزام وفي القسم الثاني طبقنا مانراه على العقود اللازمة ثم على العقود غير اللازمة في الفقه الإسلامي .

والفقه الإسلامي كما سبق أن ذكرنا فقه على وجه الاهتمام إلى المسائل والحلول وساعدت طريقة تدوينه على غلبة هذه الصفة عليه - ولم يتأثر ذلك الفقه في نشأته إلا بالواقع في المجتمع الإسلامي - وظل لصيق العلة تماماً بالمصدرين الأساسيين اللذين يستمد منهما وجوده وهما الكتاب والسنة ، وكل مصدر آخر لابد أن يرتفع إليهما عند إستاد الحكم إلى الشرع الإسلامي .

وليس الشأن كذلك في الشرائع الأخرى ، فإن لقانون الروماني مثلاً يعتبر أصلاً ومصدراً تاريخياً أحياناً لشرائع كثيرة قد تختلف فيما بينها ولكن تجمعها سمات عامة تشير إلى أصلها الواحد - وتختلف الشرائع الأنجلوسكسونية عن الشرائع التي تجمعها وحيدة للصدر الروماني - إذ لم تتأثر الأولى بالقانون الروماني ولذلك يظهر فيها أنها نظام قانوني مختلف .

فإذا أردنا في نهاية البحث أن نقارن في موضوع سبب الالتزام بين هذه الشرائع ، وجب ألا تكون المقارنة على أساس صياغة النظرية فحسب ، لأن ذلك يوقع في الخطأ من وجهين أولهما أننا قد نمد شريعة معينة أصلاً يقاس عليه دون أن نجد سبباً مقنعاً يبرر ذلك وثانيهما أنه إذا كان اختلاف الشرائع فيما بينها له أسباب عديدة قد لا تكون كلها متصلة بالتفكير القانوني وحده كاختلاف البيئات



أو المجتمعات فإننا لا نستطيع أن نقارن على أساس يخضع للتغير لسبب لا دخل للقانون فيه .

### أساسي المقارنة :

وفي نظرية السبب فإن هناك أساسا يصلح للمقارنة وهو في ذاته غاية في الشرائع كلها — وتبدو صياغة نظرية السبب في شريعة معينة إلى جانبها — مجرد وسيلة لها — وهذه الناية ليست سوى الوظيفة التي يمكن أن يؤديها السبب في العقد .

وقد رأينا كيف مر تاريخ السبب بمراحل مختلفة ، وكانت وظيفته تظهر دون الإرادة أو معها حتى انتهى السبب إلى أن يكون قيما على الإرادة<sup>(١)</sup> .

والسبب كقييد على الإرادة يؤدي وظيفتين إحداهما لحماية الماقد وثانيتهما لحماية المجتمع منه والأولى مصلحة فردية يضمها السبب للماقدن وهي تختلف بحسب نوع العقد فتكون هامة في عقود اللبالات وليس لما أهمية عندما يكون للتبادل في الالتزامات غير مطلوب ، والثانية مصلحة عامة تكاد أهميتها أن تكون ثابتة ، وإن كان معيارها هو الذي يتغير بتغير القانون أو الحياة الاجتماعية في مجتمع معين ، وهاتين الوظيفتين يمكن أن نتوصل إليهما بطرق مختلفة من الصياغة<sup>(٢)</sup> ، فإذا كانت فكرة السبب فكرة نسبية relative لأنها فكرة فنية فإن الوظيفة التي يؤديها السبب تدخل في موضوع القانون وهي دائمة وعامة وتضمن الحماية المادية لمن يلتزم إرادياً بمحاكمة من الإرادات غير المشروعة وغير الأخلاقية<sup>(٣)</sup> .

(١) راجع ما سبق ص ٣٩-٤٠ — بواحيضان في السبب ص ١١٧ ، جورلا مذكرات في القانون المقارن إذ جعل السبب من مباحث القيود التي ترد على حرية التصاقد .

(٢) بحث الأستاذ موري في المجلة الدولية للقانون المدني سنة ١٩٥١ ص ٥٠٢ .

(٣) المرجع السابق .

إن ما مهم في نظرنا هو الوظيفة الزدوجة للسبب ، وإن تاريخ النظرية يحمل ولاسيما في القانون الفرنسى بالذات أثرًا من آثار الخلط بين طبيعة السبب الواحدة وبين الوظيفتين اللتين يؤديهما السبب ، فالسبب في القانون الفرنسى سواء كان السبب التقليدى أو السبب بمعنى الباعث متصل بالإرادة ، وهذا الاتصال يفترضه القانون ويحدده في النظرية التقليدية ويبحث عنه في داخل المقد ، وفي النظرية الحديثة بطلانه ويبحث عنه في الواقع ، ولذلك فإن السبب في الحالة الأولى قد يعد وسيلة لتقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وأسماء البعض بالسبب الاقتصادى إلى جانب السبب النفسى ويصبح بذلك في الحالة الأولى مياراً وليس شرطاً لصحة العقد <sup>(١)</sup> .

#### هل يمكن فصل السبب عن الإرادة :

إذا كان المهم في نظرنا هو وظيفة السبب فهل يمكن أن يؤدي هذه الوظيفة إذا انفصل عن الإرادة ، وقبل ذلك هل يمكن إجراء هذا الفصل فصلاً . ونبادر إلى القول بأننا بذلك لانبعث التصرف المجرد حتماً ، لأن التصرف المجرد في القانون الفرنسى والمصرى يعترف به في بعض الأحوال مع تلازم السبب والإرادة في نظرية السبب في كليهما ، ولأن التصرف المجرد لا يبدو في كليهما أن يكون مسألة من مسائل الانبيات بحسب <sup>(٢)</sup> ، ولأن التصرف المجرد هو الذى يصح بنقض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة <sup>(٣)</sup> والتصرف المجرد لا يتميز بقبحه من السبب بحسب بل بمجرد من

(١) روجيرموان الفقرة بين العقود التبادلية والمفرده ص ٢٧١ — جوسران البوامت في الأعمال القانونية نبذة : ١٤ .

(٢) كولان وكايتان الطبعة الثانية ص ٧٦ -

(٣) التصرف المجرد محمود أبو طافية ص ٢٨٩ .

الإرادة الباطنة نفسها<sup>(١)</sup> وبين تسامع عن فصلل الإرادة والسبب فتعني تسامع عن سبب لا يتلازم معها بل يكون بذاته صالحا لاداء وظيفته في حاية الماقد وفي الحماية الاجتماعية .

والسبب في النظرية التقليدية متلازم مع الإرادة على نحو مفترض ومحدد إلى حد أن البعض أسماء بالسبب الاقتصادي ولكنه على أية حال متصل بالإرادة ، أما السبب في النظرية الحديثة فأوثق اتصالا بالإرادة بل هو غلط معها إذ لا يتصور انعدامه دون أن تتصور انعدام الرضا<sup>(٢)</sup> والتفارق الوحيد بينهما في نظرنا أن البواعث قد تعتمد وأننا نختار الباعث المدافع أو الموجه منها ومهما اختلفت البواعث وتمددت فإن الإرادة تحركها تلك البواعث المتعددة والتي نختار منها حسب معيار معين .

ولكن البعض يكاد يخرج السبب في النظرية التقليدية من أن يكون عنصراً نفسياً ، فهو قيمة ثابتة مجردة لا تتأثر بالشخص ولا بقلية الطرفين وهي شخصية إلى أقل حد ممكن وهي تستمعي على كل محاولة لجلها لشخصية<sup>(٣)</sup> .

وقد يمد ذلك مقياسا للمدى ما يمكن من فصل بين السبب والإرادة ، فإذا كان السبب قيمة موضوعية ثابتة مجردة فإن هذه القيمة لا تحتاج إلى ربطها بالإرادة ولو على نحو مفترض ، وقد كان الثمن في اكتساب نظرية السبب كيانها القانون هو تجريد فكرة السبب وفصلها عن شخص المتلزم<sup>(٤)</sup> .

(١) الوسيط تطبيق الأستاذ السهورى على الرأى الوارد فى المتن عاشم ص ٥٠٦ .

(٢) حامل فكرة السبب فى التبرعات ص ١١٦ — ١١٧ .

(٣) جوسران البواعث فى التصرفات ص ١٥٠ .

(٤) التصرف القانونى المجرد — عمود أبو غافى ص ١٠١ — وتبرير الالتزام يبحث داخل المقلل الاقتصادى فاسبب الالتزام كما يقول جودمان هو القيمة الاقتصادية فهو الاقتصادى وموضوعى بمسفة جوهرية بحث الأستاذ موى الشار إليه سابقا ص ٤٩ .

### في النظرية الإيطالية :

غير أننا نجد أمامنا النظرية الإيطالية في السبب قد بحثت في وجهة أخرى، فروجيو الفقيه الإيطالي يلاحظ أن كل عقد أو عمل قانوني في ذاته وبواسطته، منظوراً إليه من ناحية موضوعية يحجه إلى غاية اقتصادية قانونية تميزه عن الغايات الشخصية أو الخاصة ويكون السبب هو الغرض الاقتصادي والاجتماعي. المنصرف به والذي يحميه القانون وهو وظيفة التصرف ذاتها<sup>(١)</sup>.

ولاشك أن ذلك السبب الذي يرفقه الفقه الإيطالي لا يتصل بالارادة ، ولعل مادعا إليه هو التجاني بين طبيعة السبب الشخصية والضرورة الفنية التي نحم أن يكون له حدود مادية إذا كان المشرع قد تطلبه باعتباره عنصراً قانونياً في تكوين التصرف ، وهذه للنظرية الإيطالية مادية وننظر إلى التصرف منفصلاً عن الشخص الذي يبرمه وتتخذ من الوظيفة القانونية سبباً له<sup>(٢)</sup>.

وإلى هنا والقصل كامل بين السبب والارادة ، ولكن يبدو أن السبب هنا يرتبط بإرادة القانون ، ويبدو بحق أن السبب على هذا المعنى لا يحقق الحماية الفردية ومن ناحية أخرى فلا فائدة له في الحماية الاجتماعية ، فكيف يتصور أنه غير مشروع ؟ فضلاً عن ذلك فإن المشرع قد اعترف في العقود السماة جميعها على الأقل بالوظيفة الاقتصادية والاجتماعية لها<sup>(٣)</sup>.

### في القانون الإنجليزي :

والاعتبار في القانون الإنجليزي هو تضييع ذات طابع ملدي تفرض على

---

(١) المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٢) محمود أبو طانية في التصرف المجرد ص ١٣٧ .

(٣) جورلا مذكرات في القانون المعاصر ص ٥٢ .

الطرف الآخر بغرض الحصول على ذلك التمهيد منه<sup>(١)</sup> أو هو كما عرفه Bresse (une compensation dont la loi a déterminé la nature, fournie par le stipulant en échange de la promesse qui lui est faite)، والقيمة الموضوعية للاعتبار قد تكون ضعيفة ولكنها ضرورية ولا يمكن أن تستبدل بالتمهيد المجرد البسيط intention pure والاعتبار كما هو واضح ذو طابع مادي ظاهر، ولكنه مطلوب من الماقد الآخر فلا يمكن أن ننكر صلته بالإرادة، والاعتبار يؤدي وظيفة السبب في حماية الماقد ومن شروطه أن يكون مشروعا - كما بينا عند بحث شروط الاعتبار، ويبدو الاعتبار دليلا على إرادة الالتزام بحسب .

وفي النظرية الإيطالية رأينا أنها فصلت بين إرادة الماقد والسبب وربطت السبب بإرادة القانون، ولكننا من ناحية أخرى رأينا أن تلك الصياغة لا تقوم بدور السبب المعروف لدينا في الحماية الفردية والحماية الاجتماعية.

#### ومرة السبب أسم انشواجه :

ويبدو أن دور السبب في حماية الماقد ودوره في حماية المجتمع يمكن أن يجمع بينهما ارتباط السبب بالإرادة، غير أننا في مجال الحماية الفردية لا نحتاج إلا إلى ارتباط بسيط وكاف، ونستطيع أن نحدد هذا الارتباط وأن نجعل له معياراً، ونستطيع أن نفترضه افتراضاً في كل نوع من أنواع المقود، أما في مجال الحماية الاجتماعية فإن ارتباط السبب بالإرادة هو أحد الوسائل للحصول على تلك الحماية ولكن حين نريد تحديد نوع هذا الارتباط ومداه لا نجد تلك السهولة التي تبرز في مجال الحماية الفردية، فإذا كان الأمر يتعلق بحماية المجتمع

(١) بواجيزان في السبب ص ٢٠٥ .

من البواعث غير المشروعة وجب أن ينبعث عن تلك البواعث في الواقع ونحن لا نستطيع أن نجد لها من تحديد سوى القول بأن الباعث الدافع — هو ذلك الذي يؤثر في المقدر — ثم لا نجد تفرقة بين ذلك الباعث وبين الإرادة نفسها سوى القول بأن الإرادة واحدة وأن البواعث التي تحركها تتغير وتعدد .

ورغم أن السبب يرتبط بالإرادة في النظرية الفرنسية للسبب فإن كثيراً من الفقهاء أخذوا ببدء ازدواج السبب ، فاطلقوا على السبب التقليدي السبب القوي — والسبب الحديث — السبب المصلحي<sup>(١)</sup> ، وفرق البعض بين سبب الالتزام وسبب المقدر وهو ما نراه مماثلاً للتفرقة بين السبب القوي والسبب المصلحي .

والواقع أن السبب بالمعنى التقليدي وهو الالتزام المقابل يعتمد من الإرادة ، ولا يربطه بها إلا افتراض طلبه من التعاقد الآخر فيصبح الفرض المباشر المطلوب منه ، وأما السبب بالمعنى الآخر وهو الباعث الدافع فهو نفساني بحيث ولذلك يقال أنه إذا تعلق الأمر بحماية التعاقد لم يعتمد الأمر والبحث عن وجود الالتزام المقابل ، أما إذا تعلق الأمر بحماية اجتماعية فإن السبب يأخذ معنى آخر أوسع من المعنى المتقدم وتتسع سلطة القاضي في تكييف السبب والبحث عنه بين ثنائي المقدر<sup>(٢)</sup> والقول المتقدم يؤخذ عليه أنه يأخذ ازدواج السبب متى جعلنا سلطة القاضي تتسع لتكييفه — وكيف يكون الانتقال من فكرة الالتزام المقابل وهي فكرة اقتصادية في المقام الأول ويرد عليها مشكلة تحديد هذا المقابل<sup>(٣)</sup> إلى فكرة

---

(١) انظر النظرية العامة للالتزام — الدكتور عبد الحى حجازي — وحيد سوار في التمييز عن الإرادة — وأحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام ورأيه أن السبب الحديث يخلو السبب التقليدي — محمد حسنى عباس في العقد والإرادة المنفردة .

(٢) محمد حسنى عباس في العقد والإرادة المنفردة ١٢٧ .

(٣) المجلة الدولية للقانون المدني سنة ٥١ بحث الأستاذ موري ٢٩٤ .

نفسية بجملة ويكون ذلك مجرد اتساع لسلطة القاضي في البحث عن السبب بالمعنى الأول وهو لا يحتاج إلى بحث لأنه مفترض افتراضاً قانونياً، وحتى تحديده يمكن أن يقوم به القانون نفسه — أما الباعث فإنه يحتاج إلى البحث وهو كذلك أمر واقعي ولا يمكن تحديده بسهولة .

والفرقة التي أخذ بها القانون اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد في المادة ١٩٤ منه — والقول بأن النظرية الحديثة تكمل النظرية التقليدية — كل ذلك مبناه للفرقة بين وظيفة العقد الفردية ووظيفته الاجتماعية وهو ما جعلناه أساساً للمقارنة .

### ما هو الوضع إذاً في الفقه الإسلامي

يظهر بوضوح في الفقه الإسلامي أن الإرادة لا تستطيع إنشاء العقود وتحديد آثارها على نحو مطلق ، فالشارع الإسلامي يجعل من حق العاقد تكوين العقد ولكن آثار العقد تترتب عليه يجعل من الشارع إذ أن للعقد حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها<sup>(١)</sup> .

فالعاقد يكون العقد والشارع يرتب الأثر — ودليل العملية أفاض الفقهاء في بحثه في كتب الأصول وهو مبني على انشكاك الصلة بين السبب والسبب<sup>(٢)</sup> . وإذا نظرنا إلى عقود المبادلات المالية في الفقه الإسلامي وهي العقود التي تنشئ التزامات متعاقبة، وجدنا أن الشارع قد كشف عن الحدود التي ترد على إرادة العاقد هذا من ناحية — ومن الناحية الأخرى نجد أن الشارع جعل هذه العقود منصبة على عملية المبادلة بالقات أو المعاوضة كما يسميها الفقهاء .

(١) أحكام المعاملات الفرعية للاستاذ علي الحقيف ص ٢٤١ ط سنة ١٩٤٧

(٢) سلام مذكور في الفقه الإسلامي ص ٣-٣

وقد سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامى فقه عمل — وقد بدأ بالنظر إلى العقد جهة واحدة ولم ينظر إليه فى عقود المبادلات أو للماوضات على أنه سلسلة من الالتزامات المتعاقبة يبحث لكل منها عن سبب فهو ينظر إلى التصرف القانونى قبل أن ينظر إلى الالتزام الناشئ عنه .

فالعقد الذى يتضمن مبادلة مالية — أو عقد المماوضة — لا يكفى فيه سلامة الرضا ومشروعية المحل — فإن الشارع قد تدخل فى تحديد الالتزامات المتعاقبة تحديداً هدف به إلى تحقيق التكافؤ بين هذه الالتزامات أو التوازن بين الماعدين فى مضمون العقد وأطلق الإرادة بمد ذلك فى إنشاء العقد .

فأولاً وهو حد من حدود الشارع فى عقود المبادلات المالية وهو أهمها جميعاً<sup>(١)</sup> يظهر الهدف منه فى تعريف الربا نفسه بأنه « فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال » وقد تبيننا حدود الشارع لضبط المبادلة وتبيننا أنها قد تتعلق بطبيعة العقد كالربا وعقد التمر وقد تتعلق بمسلك أحد الماعدين بوضع شرط فاسد فى العقد<sup>(٢)</sup> وأخيراً قد يخلق الأثر بالظروف التى يعقد فيها العقد وقد يكون لإرادة الماعدين دخول فيها كعقد الاحتكار وعقد المضطر وغيرهما من العقود المنهى عنها والتى تحتل فيها المبادلة بسبب الظروف التى يعقد فيها العقد ويجوز ألا يكون للماعدين أو لأحدهما يد فى هذه الظروف .

وإذا فالحاجة الفردية محققة فى الفقه الإسلامى — والالتزام المقابل الذى يعتبره الشارع — محدود بأحكام الربا والتمر والشرط والنهى عن بعض العقود

(١) حتى أن ابن رشد يقول أن كل عقد فاسد هو ربا — وهو إقصاء لتأثير لا يرجع إلى الرضا أو المحل .

(٢) وهو الشرط الذى يحقق مصلحة لأحد الماعدين وليس من مقتضى العقد ولم يجر به نص أو عرف وسبق تسميته .



غير أن الفقه الاسلامي لا ينظر في ذلك إلى كل التزام من الالتزامات المتقابلة وإنما ينظر كما قدمنا في القسم الأول . في الباب الثالث منه ( إلى المعاوضة بوصفها عملية جوهرية في العقد الملزم للجانبين لم يتركها الشارع تتم بمحض إرادة المتعاقدين بل تدخل فيها - بطبيعتها الاقتصادية ولاعتبارات تتعلق بالعدل - فوضع أحكام الربا والفقر والشروط والنهي عن بعض العقود - لضمان أداء المعاوضة إلى التوازن والتكافؤ بين الالتزامات كل عقد وحقوقه الناشئة من العقد .

وهنا نجد فارقاً جوهرياً في الصياغة بين النظرية الفرنسية التقليدية وبين الفقه الاسلامي فالسبب في الأولى حتى بمعنى الالتزام المقابل مرتبط بالإرادة على نحو ما . أما في الفقه الاسلامي فهناك خلاف من ناحيتين .

أولهما أن ذلك الفقه ينظر إلى المعاوضة كلها وهي بناتها عملية مزدوجة ذات طبيعة اقتصادية . وهي جوهر العقد الملزم للجانبين إذا تحقق الرضا فيه وسلم الحل . وبينما تقوم نظرية السبب التقليدية على البحث عن سبب التزام كل من المتعاقدين . فإن الفقه الاسلامي ينظر إلى المعاوضة على أنها صحيحة أو فاسدة ومتى تبادل الطرفان في العقد وتمت المعاوضة بينهما سليمة من اغلال فأم السبب الذي يحمل كلا منهما على الالتزام بالالتزامات الناشئة من العقد<sup>(١)</sup> .

ثانيتهما أننا متى نظرنا إلى المعاوضة وليس إلى الالتزام لم يكن هناك داع لربط السبب بالإرادة في هذا المجال . لأن ربط السبب بالإرادة في النظرية التقليدية جاء أصلاً من النظر إلى العقد على أنه سلسلة من الالتزامات المتبادلة ( في العقد

---

(١) وقد كان النظر إلى الالتزام كوحدة البحث في القانون الروماني سبباً في تأخر فكرة الربط بين الالتزامات فيه في العقود الببادلية .

التبادلي) ويكون سبب كل التزام منها هو الالتزام المقابل ( المطلوب من العاقد الآخر ) أما حين ننظر إلى المعاوضة وهي بذاتها عملية مزدوجة فلسنا بحاجة إلى افتراض طلب التزام العاقد الآخر لأن المعاوضة بذاتها تتضمن هذا الطلب إذ المعاوضة كما رأينا في تحديد طبيعتها . تكون مقصودة من الطرفين . فلا تند معاوضة التبرع من الجانبين وإذا تصدق شخص على آخر فتصدق الآخر عليه فلا يكون ذلك معاوضة لتخلف القصد إليها<sup>(١)</sup> :

وقد رأينا كيف فصلت النظرية الإيطالية في السبب بينه وبين الإرادة وجعلته يرتبط بإرادة القانون . فهل الأمر كذلك في الفقه الإسلامي ؟

من الواضح أن الإجابة هنا بالنفي . فمع أن تحديد المقابل في الفقه الإسلامي في العقد الملزم للجانبين قد تولاها القانون إلا أنه وضع دائرة للتعاقدتين يستطمان في داخلها تحديد ذلك الالتزام المقابل . وإذا كان السبب في النظرية الإيطالية هو الوظيفة الاقتصادية الاجتماعية للمقد فإنه في الفقه الإسلامي هو المعاوضة المتبعة من الشارع ، وهي تصلح سبباً لالتزام كل من المتعاقدين قبل الآخر متى تمت سائمة من الخلل . أما النظرية الإيطالية فهي لا تصلح سبباً للالتزام الذي نبهت عنه في القانون وقد تنبه إلى هذا كثير من الفقهاء الإيطاليين أنفسهم<sup>(٢)</sup>

**هل المعاوضة المتبعة شرعاً مقابل للاعتبار :**

لقد رأى البعض ذلك وذكر أن من شروط المقد الصحيح في الفقه الإسلامي وجود الاعتبار<sup>(٣)</sup> .

---

(١) التحرير لمختار رد المحتار ليد القادر الرافعي الحنفى ج ٢ ص ١١١

(٢) التصرف المجرد للدكتور محمود أبو طاية ص ١٤٠

(٣) ماجد قد وري وهربرت ليزنر نقلاً وتطور القانون الإسلامي ج ١ ص ١٩٢

ولعل ما دفع إلى القول بذلك هو أن الاعتبار من خصائصه أنه موضوعي وكذلك الشأن في المفاوضة المتبرة شرعاً وأن الطابع المادي ظاهر في كليهما<sup>(١)</sup> كما أن هناك وجهاً للتشابه نراه في أن من شروط المقد الصحيح في القانون الإنجليزي وجود الاعتبار بالنظرة هنا إلى المقد لا الالتزام وهو نفس الحال في الفقه الإسلامي .

غير أن هناك خلافاً جوهرياً هو أن تحديد الاعتبار في القانون الإنجليزي متروك تماماً للمتقدين إذ يصح القول «إن حبة من القمح تصلح اعتباراً» وليس الشأن كذلك في الفقه الإسلامي . إذ أن تحديد الاعتبار للقابل فيه منوط بإرادة الشارع وتنظيمه . فالاعتبار لا يكاد يقدم حماية تذكر في مجال الحماية الفردية بينما نرى هذه الحماية واضحة جلية في تنظيم الشارع الإسلامي لسمية البهالة .

وإذا نفى دائرة الحماية الفردية فإن الشرط الأول من شرطى للمفاوضة المتبرة شرعاً وهو التكافؤ في مضمون المقد بين المتقدين . نجد أن هذا التكافؤ يرتبط بتنظيم الشارع لأحكامه ولا يكاد يرتبط بالإرادة عند المتقدين .

#### شبهة السبب في الفقه الإسلامي :

يظهر لأول وهلة أنه من المسير علينا أن نقرر أن الفقه الإسلامي وهو قديم ديني يهتم بالنيات والبواعث والاعتبارات الخلقية . لا نجد نظرية الباعث فيه كسبب للالتزام مجالاً ، ولكن هذا هو المسلم ، فنظرية السبب في الفقه الإسلامي لا تكون إلا نظرية مادية<sup>(٢)</sup> والاهتمام بالبواعث فيه ليس الصفة الغالبة غير

(١) الوسيط للسنهوري ج ١ ص ٥١٣ — الخامس

(٢) المرجع السابق ومصادر الحق في الفقه الإسلامي — بحث السبب للأستاذ السنهوري .

أنا نبداً بالقول بأن الحديث « إنما الأعمال بالنيات <sup>(١)</sup> » وقد عده بعض الفقهاء ثلث العلم وبعضهم ربه . قد روى بألفاظ أخر « لا عمل لمن لا نية له » عن البيهقي وفي سنن الشهاب من حديثه « نية للؤمن خير من عمله » ، وللقصود من النية هو تمييز العادات من العبادات وهو للقصود الأهم منها <sup>(٢)</sup> ولذلك فمن رأينا أن النيات ليس لها ذلك الأثر البالغ فيما لا يمد عبادة كالمقود (عدا الزواج) وقد رأينا من قبل أن البواص لا يؤخذ بها في للذهب الشافى ، وأنه يؤخذ بها في للذهب الحنفى إذا ذكرت في المقد أو قامت القرائن عليها من ذات الحبل أو الماقد ، ويؤخذ بها على توسعة في للذهب الحنبلى ، أما للذهب للمالكي فلهذه فكرة زراها جديرة بالنظر فهو لا يتردد في تقرير صحة المقد مع أن الباء غير مشروع غير أنه يمنع العقد من إحتاج آثاره <sup>(٣)</sup> بفعل أو تصرف آخر .

غير أننا ذكرنا أننا في بحثنا عن أثر الباء أو النية في المقد يجب أن تأخذ في الاعتبار مبدأ سد القرائن، وهذا للبدا يستهدف إبطال تصرفات تؤدي إلى إيذاء أغراض الشارع بنقض النظر عن النية التي يقصدها منشيء التصرف فالمعبرة بما يترجح من فساد أو ضرر من التصرف وليست المعبرة بنية منشيء التصرف وهذا للبدا يسد القصة التي توجد دائماً بين أن تأخذ الماقد بليته وبين أن نترك المقد ينتج آثاره المضارة .

(١) وهو حديث صحيح رواه البخارى ومسلم عن عمر بن الخطاب وقته السيوطى في الجامع الصغير وإن كان مالك لم يخرج في الوطأ — الاشياء والنظائر في الفروع للسيوطى ص ٧ .  
(٢) المرجع السابق ص ١٠ البحث الثالث .

(٣) وللقصود آثاره للادية كالو باع مسلم قدى سلاحاً أو باع جارية لرجل من أهل النسق فان العقد يكون صحيحاً ولكن يجبر الذى على بيع ما اشتراه من سلاح ويجبر المشتري على الصرف فيما اشتراه .

إن النظرة هنا إلى النية من القصد بحسب معيار موضوعي — هو ما يؤدي إليه القصد — والعبارة أيضاً بسد القرينة إلى النية غير المشروعة إذ القصد وسيلة ولا يصح أن يتخذ طريقاً إلى إيداء مقاصد الشارع . أما النية بذاتها فقد ورد في البدائع ما يفيد أن مجرد النية لا اعتبار لها في الماملات ، والمذهب الشافعي لا يقصد القصد إلا بالقصد ومعنى ذلك — هو كما تقدم — والمذهب المالكي يزيل آثار القصد ولكنه يقرر صحته ، والمذهب الحنبلي يظهر فيه الأخذ بالنيات ولكن يجب أن أن تحرب بين هذا المأخذ وبين المعيار الموضوعي في مبدأ سد القرائح والمذهب الحنبلي يأخذ بهذا المبدأ وهو لا يعتمد على النية بحسب . ذلك أن مبدأ سد القرائح يقصد به أن يضع معيار موضوعياً لتصرفات تؤدي إلى الفساد وهي مباحة أصلاً كوسيلة إلى مالا فساد فيه . فالقصد وسيلة سليمة من وسائل التعامل ، والبحث عن النية لدى الماقد أمر عسير ولا يمكن أن يكلف أحد بالبحث عن نية آخر والقول بأن نية الماقد قد انجبت إلى غرض غير مشروع من غير أن يكون ذلك ظاهراً في القصد هو تحكم فكيف نوفق بين استقرار المعاملات وبين المحافظة على أغراض الشارع ؟

إن الحل في مبدأ سد القرائح يكون بالاتفات إلى آثار التصرف حسب معيار موضوعي وليس بالاتفات إلى النية وحدها .

فإن التقييم في أعلام الموقعين يحمل من ضمن أقسام الوسائل الموضوعية لأغراض مباحة ( كالقصد مثلاً ) ما يفضي إلى الفسدة ، ويفرق بين أن يكون الإفشاء إلى الفسدة راجعاً فيمنع التصرف ( كالبيع التي تفضي غالباً إلى الربا ) وبين أن يكون الإفشاء إلى الفسدة تادراً فلا يكون المنع <sup>(١)</sup> .

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها — ويطلب ذلك الشافعي في المواقفات

إن الأخذ بالبواعث في شرط الناية المشرعة من التصرف سواء كان عقداً من العقود التي تتبادل فيها الالتزامات . أو كان عقداً غير لازم أو تبرعاً . يجب أن يراعى فيه ما يقتضيه مبدأ سد القرائع من تفرقة بين مجرد النية الخالصة أو الباعث فحسب ، وبين اعتبار الناية التي يؤدي إليها التصرف غالباً .

### الجزء على مسئول السبب :

الجزء هو البطلان كما أوردنا عند بحث الربا أو الفرر أو الشرط الفاسد ( على خلاف في درجة البطلان في هذه الحالة وكذلك حالة العقود المنهى عنها ) ولا ينظر إلى موقف كل من الماقدين فالمقد الربوي باطل ولورضى به الماقدان أو اتفقا على إضاذه كما هو . وكذلك عقد الفرر . إذ ينظر إلى العقد جهة واحدة . وليس إلى الالتزام كل معاقد على حدة .

ويكاد يكون اختلال التكافؤ بين التزامات وحقوق كل من المتعاقدين هو علة بطلان العقود عند انققادها : فيما لا يرجع إلى الرضا أو الحل . كما أن اختلال هذا التكافؤ بعد انققاد العقد هو الأساس في القسوخ أو تحمل التبعة وحكمهما يهدف إلى إعادة هذا التكافؤ بين المتعاقدين .

ولا نجد هذا التكافؤ أو التوازن في مضمون العقد كنظرية عامة في القانون الوضعي ، وإن كان القانون يبالغ اختلال هذا التكافؤ عن طريق اشتراط وجود السبب ( بالمعنى التقليدي ) وذلك عند انققاد العقد ، وعن طريق القسوخ أو الدفع بعدم التنفيذ بعد انقضاء العقد ، وكذلك عن طريق إعطاء القاضى سلطة تخفيض الالتزامات في بعض العقود كمقد الإذعان ( مراعاة لظروف العقد التي تجعل أحد المتعاقدين في موقف واقعى أفضل مع تساويهما في المراكز القانونية ) .

وكذلك فإن البطلان جزاء العقد الذى يؤدي إلى غاية غير مشروعة .

وذلك لا خلاف فيه ، بل ان بعض المذاهب كالذهب المالكي يتميز إزالة آثار التصرف بعد صحته إذا كان يؤدي إلى إيذائه أغراض الشارع ، ولا ينظر إلى موقف كل من الماقدنين على حدة ، وقد رأينا في السبب في القانون الفرنسي أنه لا فائدة ترجى من بحث موقف كل من المتماقدنين على حدة . لأن البطلان للباث غير المشروع هو بطلان مقرر للمصلحة العامة ، وحماية الطرف البريء . فتقرض استبعاد البطلان كجزء . مع أنه مطلق في مواجهة كل منهما<sup>(١)</sup> .

وإذا كانت فكرة السبب تختلف في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي فإننا لا نفاضل بينهما كما أوردنا من قبل ، ولأن منهجنا في البحث كله لا يقوم على محاولة التقريب بين شريعة من الشرائع وأخرى بل على إبراز طابع كل منها .

ونجد مع ذلك أوجه شبه بين السبب في الفقه الإسلامي وبينه في القانون الفرنسي والإيطالي . ففي النظرية التقليدية نجد السبب مادياً موضوعياً - ودخل العقد - وكذلك نجد المعاوضة المثيرة شرعاً فإن التكافؤ بين التزامات كل من الماقدنين وحقوقهما موضوعي ودخل العقد . كما نجد أن الفقه الإسلامي في بحث المعاوضة كأساس للسبب ينظر إلى العقد جملة واحدة ، وكذلك ينظر الفقه الإيطالي إلى العقد جملة واحدة عندما اعتد بوظيفته الاقتصادية الاجتماعية وجعلها سبباً . غير أننا نجد أوجه خلاف . فإن السبب التقليدي في القانون الفرنسي لم يجعل طريقة حاسمة في حاية الماقد بعميار محدد ولكن الفقه الإسلامي وضع ذلك الميار في أحكام الربا والنذر والشرط القاسد والقود المنهى عنها فجعل وظيفة السبب في حاية الماقد تستند إلى ميار محدد وضه القانون ولا نكاد

---

(١) مقال موى في دائرة معارف دارالوز سنة ١٩٥١ بند ١٥٨ ص ٥٣١ تحت Cause (٣٣ - سبب الالتزام)

فلتح لهذا الهدف وهو التكافؤ بين الحقوق والالتزامات أثرًا في القانون الإنجليزي فالمدقة في العقود يبحث عنها المتعاقد على مسؤوليته ، والمساواة *The bargain* من شأنه هو ، فكل ما هو مقوم يصلح اعتباراً بنظر النظر عن قيمته الحقيقية وتناسبه مع الالتزام للقابل في العقد وإذا اعتبرنا الحماية الفردية هدفًا ، فإننا نجد أن القانون الإنجليزي لا يلتفت إليه ، وأن القانون الفرنسي حلل التعاقد نفسه عبء هذه الحماية كأصل واستلزم السبب لتحقيق هذا الهدف . واكتفى به . بينما نجد الفقه الإسلامي جعل ذلك الهدف محوراً تدور عليه معظم أحكام المعاملات وجعل الإخلال به مستوجباً لبطلان أو البساق في العقد .

أما الحماية الاجتماعية فتجد أنها ظاهرة في الشرائع جميعاً فن شروط السبب في النظرية التقليدية في القانون الفرنسي أن يكون مشروعاً ، ومن شروط الاعتبار كذلك الشريعة ، والوظيفة الاجتماعية للعقد في الفقه الإيطالي تنفي عن هذه التسمية فلا يكون هناك داع لبحث مشروعية السبب لأنه إذا كان هو وظيفة العقد فإنه لابد أن يكون مشروعاً .

غير أننا نجد فرقاً بين الفقه الإسلامي وكلا من الشرائع السابقة ، إذ أن الحماية الاجتماعية التي توفرها هذه الشرائع تبدأ من البحث عن الباطن على العقد ، ولم يفت الفقه الإسلامي أن يقرن ذلك الباطن بأمر آخر له أهمية ، وهو التفرقة بين مجرد الباطن على العقد أو نية التعاقد - وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد كوسيلة . فالعقد دائماً مشروع كوسيلة شرعت لمعاملات الناس ولكن ما يؤدي إليه العقد كنتيجة يجب أن يكون محل الاهتمام ، ووضع الفقه الإسلامي معياراً لتصحيح التصرفات أو إبطالها دون الاعتداد اعتقاداً كلياً على النيات أو البواعث ، فقد يكون الباطن مشروعاً والعمل كنتيجة غير



مشروع ، وقتك كان ما يؤدى إليه العقد غالباً من فساد هو الميار وليس  
نية الماقد فحسب .

وفى ذلك ما يجعل نظرية السبب فى الفقه الإسلامى لا تكون إلا مادية  
كما يقول الفقهاء وليست شخصية . بل أنها فى الناحية التى تحصل فيها أوتق  
اتصال بالإرادة وهى ناحية الجوامع على العقد . حاولت أن تجعل تلك المنصر  
الإرادى البحت - والتفاسى - معياراً استمدته من قاعدة سد الثرائع ، وهو  
كما يظهر معيار موضوعى ، وقد انتهى إلى مادية السبب فى الفقه الإسلامى  
بغالب الفقه<sup>(١)</sup> .

تم بحمد الله تعالى

---

(١) الوسيط للبهودى — نظرية السبب تحتل المكان — وحيد سوارى فى التفسير  
للمعنى الإرادة — محمد يوسف موسى فى نظرية العقد .



## مكتبة المراجع

(مرتبة بحسب الحروف الأبجدية للؤلؤة)

أولا - باللغة العربية

### ١ - علوم القرآن والحديث

تاريخ الؤلؤة	لم الكتاب	لقب المؤلف واسمه
٨٣٧٠	أحكام القرآن	اللمصاص - أبو بكر أحمد بن علي
٨٩٠٩	التفسير الكبير	الرازي - عمر الدين
٨٩١١	الاتقان في علوم القرآن	السيدوطي - جلال الدين
٨٣١٠	جامع البيان	الطبري - ابن جرير
٨٦٧١	اللماص لأحكام القرآن	القرطبي - أبو عبد الله محمد بن أحمد

٨٢٥٦	اللماص الصحيح	البخاري - محمد بن اسماعيل
٨١١٨٢	سبل السلام شرح بلوغ المرام	الصنعاني - محمد بن اسماعيل
٨٩٢٢	بلوغ المرام من أدلة الأحكام (فتح الباري شرح صحيح البخاري)	المسقلاني - أبو الفضل أحمد بن حجر
٨٤٩٤	اللماص المتنق شرح موطأ مالك	الباجي - أبو الوليد سليمان بن خلف
	صحيح سنن المصطفى	السجستاني - أبو داود
٨٦٥٦	الترهيب والترهيب	المنذري - عبد العظيم
٨٦٧١	صحيح مسلم بشرح النووي	النووي - يحيى الدين أبو زكريا يحيى
٨١٢٥٠	نيل الأوطار	الشوكاني - محمد بن علي بن محمد

٢ - أصول الفقه

لقب المؤلف وإسه	إسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن أمير الحاج	التقرير والتحجير على التحرير الكمال	٨٧٩ هـ
ابن وجب - الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن التواعد		٧٩٥ هـ
ابن الفاط	إدراك الشروق مطبوع مع الفروق	٧٢٣ هـ
الأمدي - سيف الدين	الإحكام في أصول الأحكام	٦٣١ هـ
الاستوي - جمال الدين	شرح المنهاج لليضوي	٧٧٢ هـ
البخاري - علاء الدين عبد العزيز	كشف الأسرار على أصول البردوي	٧٢٠ هـ
اليعناوي -	المنهاج بهامش التقرير والتحجير	٦٨٥ هـ
التفتازاني - سعد الدين	التلويح على التوضيح	٧٩٢ هـ
الرخسي - شمس الأمتة	أصول الرخصي	٤٨٣ هـ
الشاطبي - أبو اسحق	المواقفات	٧٩٠ هـ
المسكاني - محمد بن علي	لوشاد الأصول	١٢٥٠ هـ
صدوق الثريمة - عبيد الله بن مسعود	التفقيح وعليه شرح التوضيح	٧٤٧ هـ
الغزالي - أبو حامد	المستصفى ومعه مسلم الثبوت	٥٠٥ هـ
القرافي - أحمد بن إدريس	الفروق ومعه تهذيب الفروق	٦٨٤ هـ
الكفوي - أبو البقاء الحسيني	الكليات	

زكي الدين شعبان	أصول الفقه
عبد الوهاب خلاص	علم أصول الفقه
علي حسب الله	أصول التشريع الإسلامي
محمد أبو زهرة	(أصول الفقه)
محمد زكريا البرديسي	(أصول الفقه الجعفري)
محمد سلام مذكور	أصول الفقه
	(مباحث الحكم عند الأصوليين)
	(الإباحة عند الأصوليين والفقهاء)

### ٣ - فقه المذهب

#### (١) المذهب الحنفي

لقب المؤلف واسمه	إسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن عابدين - محمد أمين الشهير بابن عابدين	رد المختار على البد المختار	١٢٥٢ هـ
ابن نجيم - زين الدين بن ابراهيم	البحر الرائق شرح كنز الدقائق الاشياء والنظار	٩٧٠ هـ
ابن البراز - حافظ الدين محمد بن محمد	الفتاوى البرازية (بهاش الفتاوى)	
ابن شهاب	الهندية الاجزاء ٦٠٥٠٤ - ٨١٧ هـ	
البايزي - أكل الدين محمد بن محمود	العناية شرح الهداية	٧٨٦ هـ
البضادي - محمد بن غانم	مجمع الصناعات	
الحصكفي -	البد المختار	
الحوي - أحمد بن محمد	حاشية على الاشياء والنظار	١٠٩٨ هـ
الحامدي - أبو سعيد محمد بن مصطفى	حاشية على الدرر شرح الدرر	١١٥٤ هـ
الرافعي - عبد القادر	التقرير المختار لرد المختار	١٢٢٣ هـ
الزيلعي - نضر الدين عثمان بن علي	تبيين الحقائق	٧٤٣ هـ
المرحبي - شمس الائمة أبو بكر	المبسوط	٤٨٣ هـ
السمرقندي - علاء الدين	تحفة الفقهاء	
الشرقاوي - عبد الله	حاشية الشرفاوي على شرح التحرير	
الشلي - شهاب الدين أحمد	لوكرها الانصاري	
الفرغاني - قاضي خان الحسن بن منصور	حاشية على شرح الكنز مطبوع على هامش تبيين الحقائق	١٠٩٠ هـ
	الفتاوى الخاتمة (بهاش الهندية)	
	الاجزاء ٣٠٢٠١ (١٠٩٢ هـ)	
الكاساني - علاء الدين أبو بكر	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	٨٨٧ هـ
الكمال - الكمال بن الهمام	فتح القدير	٨٦١ هـ

لقب المؤلف وإسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
المرغيناني - برهان الدين علي بن أبي بكر	الهداية شرح بداية المبتدى	٥٩٣ هـ
المصري - محمد أبو السعود	فتح المئين - حاشية على شرح الكنز	
النفسي - أبو البركات عبد الله بن أحمد كنز النفاث		٧١٠ هـ
شيخ زاده - عبد الرحمن	مجمع الانهر شرح ملحق الأبحر	١٠٨٧ هـ
قاضي زادة - شمس الدين	نتائج الأفكار - تكملة لفتح القدير	٩٨٨ هـ
قاضي حماقة - بدر الدين	جامع الفصولين	٨٢٣ هـ
منلاخسرو -	دور الحكام شرح غرر الأنام	٨٨٥ هـ
منلامسكين -	شرح الكنز	٨٥٠ هـ

#### ( ب ) المذهب الشافعي

٢ ابن حجر - شهاب الدين أحمد	تحفة المحتاج بشرح المنهاج	٩٩٥ هـ
الرافعي - ابن القاسم عبد الكريم	فتح العزيز شرح الوجيز	٦٢٣ هـ
الرملي - شمس الدين بن شهاب الدين	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج	١٠٠٤ هـ
السيوطي - جلال الدين بن عبد الرحمن	الاشباه والنظائر في الفروع	٩١١ هـ
الشافعي - محمد بن ادريس	الرسالة	٢٠٤ هـ
	الأم	
الشيرازي - أبو اسحق ابراهيم بن علي	المهذب	٤٧٦ هـ
النفزالي - أبو حامد محمد	الوجيز	٥٠٥ هـ
المنزني - ابراهيم بن اسماعيل بن يحيى	مختصر المنزني - مطبوع مع الأم	٢٦٤ هـ
المكي - ابن حجر	الفتاوى الكبرى - وبهامشه	١٠٠٤ هـ
	باقى فتاوى شمس الدين ابن محمد بن شهاب الدين الرملي	

#### ( ج ) المذهب المالكي

ابن جزي - محمد بن أحمد بن محمد	القوانين الفقهية	٧٤٦ هـ
ابن رشد - محمد أحمد بن رشد	المقدمات الممهدات - مطبوع مع المدونة	٥٢٠ هـ

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الؤفة
ابن رشد - الحفيد - محمد بن أحمد	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	٥٩٥ هـ
ابن فرحون - محمد بن فرحون	تبصرة الحكم	٧٩٩ هـ
الباجي - أبو الوليد سليمان بن خلف	المتقى شرح الموطأ	٤٩٤ هـ
الحطاب - محمد بن محمد بن عبد الرحمن	مواعظ الجليل شرح على مختصر خليل	٩٠٤ هـ
الحرقش - أبو عبد الله محمد	شرح الحرقش على مختصر خليل	١١٠١ هـ
الدردير - أحمد بن محمد بن أحمد	الشرح الكبير على مختصر خليل	١٢٠١ هـ
المسوقي - محمد بن أحمد بن عرفة	حاشية على الشرح الكبير	
خليل - خليل بن اسحق بن موسى	مختصر خليل	٧٧٦ هـ
عليش - محمد	شرح منح الجليل على مختصر خليل	١٢٩٩ هـ
مالك - مالك بن أنس الأصبحي	المدة الكبرى	١٧٩ هـ

#### (د) المذهب الحنبلي

ابن القيم - محمد بن قيم الجوزية	الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية	٧٥١ هـ
	اعلام الموقعين	
	زاد المعاد في هدى خير العباد	
ابن تيمية - تقي الدين أحمد بن شهاب	فتاوى ابن تيمية	٧٢٨ هـ
ابن رجب - عبد الرحمن بن رجب	القواعد	٧٩٥ هـ
ابن قدامة - موفق الدين عبد الله بن أحمد	المقنن شرح مختصر الحرق	٦٢٠ هـ
الحرق - أبو القاسم عمر بن الحسين	مختصر مطبوع مع المقنن	١٣٤ هـ
المقدسي - محمد بن مفلح	الفروع	٧٦٢ هـ

#### (هـ) مذاهب أخرى

ابن حزم - أبو محمد علي بن أحمد	المحل	٤٥٦ هـ
	(الظاهرى)	
الصنعاني - شرف الدين الحسين بن الروض	التنخير شرح مجموع	١٢٢١ هـ
أحمد (البيهي الزيدى)	الفتاوى الكبير	

(و) كتب أخرى

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب
القنطاري - أبو اسحق	الاعتصام
القنطاري - أبو حامد	إحياء علوم الدين

٤ - الفقه المقارن وتاريخ الفقه

اسم المؤلف	اسم الكتاب
أحمد إبراهيم	المعاملات الشرعية المالية
أحمد أبو الفتوح	المختارات الفقهية المعاملات
أحمد الحسيني	نهاية الأحكام في بيان ما التية من أحكام
أحمد عبد الرزاق السنهوري	مصادر الحق في الفقه الإسلامي
شفيع شحاته	النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية
صبيح المصماني	النظرية العامة للوجبات في الشريعة الإسلامية
عباس حمادة	المزاوعة - مذكرات للدراسات العليا بجامعة الإسكندرية
عبد الأعلى المودودي (أمه الجماعة)	أسس الاقتصاد بين الإسلام والنظم المعاصرة الإسلامية (باكستان)
عبد الرحمن البراز	أحدث في الفقه والقانون
عبد الرحمن الجبري	الفقه على المذاهب الأربعة
عبد القادر عودة	التشريع الجنائي الإسلامي
علي الخفيف	أحكام المعاملات الشرعية الحق والذمة - مذكرات
علي حسن عبد القادر	نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي



اسم المؤلف	اسم الكتاب
محمد أبو زهرة	الملكية ونظرية العقد العقوبة الإمام ابن حنبل — حياته وعصره الإمام زيد — حياته وعصره
محمد حافظ صبري	المقارنات والمقابلات
محمد سلام مذكور	الفقه الإسلامي ط سنة ١٩٥٥ المدخل لفقه الإسلام ط سنة ١٩٦٦ أحكام الوصية والوقف ط سنة ١٩٦٩
محمد فريج السنجوري	مذكرات في تاريخ الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٨
محمد يوسف موسى	الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي محاضرات في الفقه الإسلامي مذكرات في البيوع سنة ١٩٥٨
عمود شلتوت	الفتاوى
مصطفى أحمد الزرقا	المدخل الفقهي العام المدخل إلى نظرية الالتزام

## الرسائل

أحمد علي الخطيب	الحجر بسبب الدين
الصديق محمد الأمين	الفرق وأثره في العقود في الفقه الإسلامي
حسن علي الذنون	النظرية العامة للنسخ في الفقه الإسلامي
زكي الدين شعيان	نظرية الشروط المقررة بالعقد
صلاح الدين الناهي	الامتناع المشروع عن الوفاء
عبد التامر السطار	الاجل في الالتزام
محمد زكي عبد البر	نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي

اسم المؤلف: وحيد سواد  
اسم الكتاب: التمييز عن الإرادة في الفقه الإسلامي

٥ - القانون الروماني والقانون العربي

الكتب والرسائل	أحمد حسنت أبو ستيت
نظرية الالتزام	
الوسيط في شرح القانون المدني	
نظرية العقد	
الوجيز في شرح القانون المدني	أحمد عبد الرزاق السهري
الواقعة القانونية والتصرف القانوني - مذكرات	
سنة ١٩٥٨ الدراسات العليا	
النظرية العامة للالتزام	أنور سلطان
بطلان التصرف القانوني	جميل الشرقاوي
مذكرات في الأحوال الشخصية	حلمي بطرس
السيرة في القانون الجنائي	وؤوف عييد
أصول الالتزامات	سليمان مرقس
نظرية العقد	
تاريخ النظم القانونية	صوفي حسن أبو طالب
دراسات إسلامية	
النظرية العامة للالتزام	عبد الحمى حجازي
مبادئ القانون الروماني ط ١٩٥٦ - مع	عبد المنعم بدر
الدكتور عبد المنعم البدر اوى	
مبادئ القانون الروماني	
البيع ط ١٩٥٧	عبد المنعم البدر اوى
أصول القانون المدني المقارن سنة ١٩٥٩	
المدخل للعلوم القانونية ط بيروت	

اسم المؤلف	اسم الكتاب
عبد المنعم البدر اوى	النظرية العامة للالتزامات ط بيروت
	التأمين ط سنة ١٩٥٧
عبد المنعم الصدة	احكام الالتزام
عبد الودود يحيى	حوالة الدين
على بدوى	مبادئ القانون الرومانى
محمد حسنى عباس	العقد والارادة المنفردة
محمد صالح	اصول التمهيدات
محمد كامل مرسي	شرح القانون المدنى الجديد
محمد أبو حافية	التصرف القانونى المجرد

بمجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى

بمجموعة أحكام محكمة النقض

مجلة القانون والاقتصاد

مجلة المحاماة

## ثانياً - باللغة الأجنبية

### (١) باللغة الإنجليزية

- Anson W. : Principles of the English Law of Contract, 1945.  
Herbert Liebsny, Magid Khaddory : Law in the Middle East.  
Philip S. James : Introduction to English Law, 1968.  
Pollok F. : Contracts.  
Stephen : Commentaries of the Laws of England, 1928.  
Walter : Kumph, R. Anderson : Business Law Principles and Cases.  
Walton E. P. : The Egyptian Law of Obligation.

### (ب) باللغة الفرنسية

#### 1.—DROIT CIVIL

- Basile Eliachevitch, Paul Tager, Paris Nold : Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets, 1930.  
Bois-Juzan : De la Cause en Droit Français, 1939.  
Capitant, Henri : De la Cause des Obligations, 1937.  
Capitant, Henri : Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, Ed. 1964.  
Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière : Cours Élémentaire de Droit Civil Français, 1944.  
Comparato : Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé, Thèse, Paris 1964.  
Demogue : Traité des Obligations, 1945.  
Edward Jenks ; Digeste de Droit Civil Anglais.

- Ernest Lehr : *Éléments de Droit Civil Anglais*.
- Eugène Guadement : *Théorie Générale des Obligations*, Paris 1939.
- Goria : *Les contrats dans la Civil Law et dans la Common Law*.  
Cours de Doctorat, 1953-1954.
- Hamel, J. : *La Notion de la Cause dans les Libéralités*, 1920.
- Henri et Léon Mazeaud, J. M. : *Leçons de Droit Civil*.
- Jacques Maury : *Essai sur la notion d'équivalence en Droit Civil Français*. — Toulouse 1920.
- Jean Carbonnier : *Droit Civil*
- Louis Jesserand : *Les mobiles dans les Actes Juridiques*, Paris 1928.
- Cours de Droit Civil Positif Français, Paris 1939.
- Planiol, Ripert, par Boulanger : *Traité Élémentaire de Droit Civil Français*.
- Roger Houin : *distinction de Contrats Synallagmatiques et Unilatéraux* 1939,
- Roger Dorat : *La Cause Immorale* — Thèse.
- Ripert : *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris 1950.
- Robert Boudant : *Cours de Droit Civil Français*.
- René David, Jean Hazard : *Le Droit Soviétique*, 1954.
- Timbal : *La Cause* — Thèse — Toulouse.

## 2.—DROIT ROMAIN

- Gaston May : *Éléments de Droit Romain*.
- Girard P. F. : *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 1929.
- M. Loevy Bruhl : *Répétitions Ecrites de Droit Romain*.
- Paul Hauvelin : *Cours Élémentaire de Droit Romain*.

## 3.—PÉRIODIQUES

- Répertoire de droit Civil Dalloz 1951, 1956 (mise à jour).
- Revue Internationale de Droit Civil, 1951.



## فهرس

٢

إعداد

٧ - ٥

المقدمة

### باب تمهيدى

نظرية السبب فى القانون المقارن

والصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى ١١٨ - ٨

### الفصل الأول

نظرية السبب فى القانون الفرنسى ٤٨ - ٩

- فكرة السبب عند الرومان ١٠ - فكرة السبب فى العصر الوسيط ١٤ -
- الفقهاء الرومانيون ١٥ - الفقهاء الكنسيون ١٨ - نظرية السبب على يد
- دومار بوتيه ٢١ - النظرية التقليدية فى السبب ٢٣ - شروط السبب فى النظرية
- التقليدية ٢٦ - نقد النظرية التقليدية ٢٩ - وظيفة السبب والنظرية التقليدية ٣١ -
- التضاد الفرنسى والسبب ٣٤ - التصرف المجرد ٣٩ - النظرية الحديثة فى السبب ٤١ -
- ما هو الباحث ٤٣ - كيف ينضبط الباحث ٤٥ - العلم بالباحث غير المشروع ٤٦

### الفصل الثانى

نظرية السبب فى القانون المصرى ٦٥ - ٤٩

- فى القانون القديم ٤٩ - السبب فى التفتين المدنى المصرى ٥٢ - القضاء
- والسبب ٥٧ - النظرية التقليدية والقانون للمدى المصرى ٥٩ - إثبات السبب ٦٢ -
- ما أدخله القانون المدنى فى نظرية السبب ٦٣

### الفصل الثالث

النظرية الإيطالية فى السبب ٨٦ - ٦٧

- وظيفة المدعى فى النظرية الإيطالية ٦٧ - تدوير النظرية ٧٠ - النظرية الإيطالية
- وفكرة السبب فى القانون السوفيتى ٧٦

(٣٤ - سبب الالتزام)

## الفصل الرابع

السبب في القانون الإنجليزي ٨١ - ٩١

الاعتبار في القانون الإنجليزي ٨١ - ما هو الاعتبار ٨٢ - تطور فكرة  
الاعتبار ٨٣ - أنواع الاعتبار وشروطه ٨٤ - خصائص الاعتبار ٨٧ - وظيفة  
الاعتبار ٨٩

## الفصل الخامس

الصياغة ومنهج البحث في الفقه الإسلامي ٩٣ - ١١٨  
الشريعة الإسلامية شريعة دينية ٩٣ - الأصول العامة للفقه الإسلامي ٩٦  
ارتباط الفقه بقواعد العدالة ٩٨ - الصناعة الفقهية للقانون الإسلامي ٩٩ - قابلية  
الفقه للتطور في الزمان والمكان ١٠٢ - النظريات العامة في الفقه الإسلامي ١٠٤  
المصطلحات الفقهية ١٠٧ - فقه المعاملات والعبادات ١٠٩ - منهج البحث عن نظرية  
السبب ١١٤

## القسم الأول

تحديد السبب والالتزام في الفقه الإسلامي ١١٩ - ٣٠٢

### الباب الأول

السبب عند الأصوليين والفقهاء ١٢١ - ١٥١

### الفصل الأول

السبب في أصول الفقه الإسلامي ١٢٣ - ١٤٠  
السبب وتعريفه وأقسامه ١٢٣ - إقتران السبب بالمسبب ١٢٧ - السبب  
والمكلف ١٢٨ - أنواع السبب ١٢٩ - شرعية السبب ١٣١ - بعض معاني لفظ  
السبب عند الفقهاء ١٣٢ - رأى وتقدير ١٣٤ - الشرط والمانع ١٣٥ - السبب  
في أصول الفقه والسنية في الفقه والقانون ١٣٧ - خصائص السبب في أصول  
الفقه ١٣٨



## الفصل الثاني

السبب في الفقه - في الفروع ١٤١ - ١٥١

فكرة السبب في فقه المعاملات ١٤١ - استنباط النظرية من الفقه الإسلامي ١٤٢  
كيف يتحقق التوازن في مضمون العقد ١٤٤ - صياغة النظرية ومبرراتها ١٤٨

## الباب الثاني

الالتزام وسببه في الفقه الإسلامي ١٥٣ - ٣٠٢

تقسيم ١٥٣

## الفصل الأول

علاقة الالتزام في الفقه الإسلامي ١٥٥ - ١٩٣

تنظيم المعاملات في الشريعة الإسلامية ١٥٥ - نظرية الالتزام في القانون ١٥٧  
علاقة الالتزام في الفقه الإسلامي ١٥٨ - الحق ١٦٢ - الذمة والالتزام ١٦٤  
الالتزام وأطرافه ١٦٦ - موضوع الالتزام ١٦٨ - سلطة البائن بالالتزام  
في الشرائع القديمة ١٧٠ - حدود سلطة البائن في الفقه الإسلامي ١٧٢ - مدى  
سلطة البائن بالالتزام ١٧٨ - الالتزام والمسئولية ١٨٢ - طبيعة الالتزام في الفقه  
الإسلامي ١٨٥

## الفصل الثاني

آراء الفقهاء في سبب الالتزام في الفقه الإسلامي ١٩٥ - ٢٣٧

لفظ السبب ومعانيه - تمهيد ١٩٥ - آراء الفقهاء المحدثين في سبب الالتزام  
في الفقه الإسلامي ١٩٩ - المعادلة كسبب للالتزام ٢٠٠ - تقدير فكرة المعادلة ٢٠٢  
الباعث كسبب للالتزام في الفقه الإسلامي ٢٠٤ - السبب هو الغرض المباشر  
المقصود من العقد ٢١٢ - نقد الفكرة ٢١٣ - السبب هو المقصد الأصل للعقد ٢١٧  
المقصد الأصلي في العقد ٢٢١ - نقد نظرية المقصد الأصلي ٢٢٣ - السبب عند  
فقهاء الشريعة المحدثين ٢٣٠ - السبب هو المصدر المنشئ ٢٣٤ - السبب هو الغرض  
المباشر المقصود من العقد ٢٣٥

### الفصل الثالث

#### السبب في العقود

٢٣٩ - ٢٠٢

اختلاف السبب في العقد اللازم وغير اللازم - ٢٣٩ - تعريف العقد قانونا - ٢٤٠ -  
تعريف العقد شرعا - ٢٤١ - المعاوضة ومعناها في العقود اللازمة - ٢٤٥ - المعاوضة  
والمبادلة في الفقه الإسلامى - ٢٤٩ - لزوم في العقد وأثره - ٢٦٢ - الغبن والمعاوضة  
الشرعية - ٢٦٧ - شروط المعاوضة المعتبرة شرعا - ٢٧١ - أولا - التوازن في  
مضمون العقد - ٢٧١ - ثانيا - شرعية النية من العقد - ٢٧٤ - الجمعية  
وأهدافها - ٢٧٤ - إرادة الشارع وقصد العاقد - ٢٧٦ - ما هو قصد العاقد وما هو  
الباعث - ٢٧٨ - حكم النية والقصد في الشريعة الإسلامية - ٢٨١ - نية العاقد والغاية  
من التصرف - ٢٨٤ - مبدأ سد الذرائع وأثره - ٢٨٥ - الأصل في اعتبار  
الذرائع - ٢٨٧ - شرعية النية من المعاوضة عند الفقهاء - ٢٨٩ - البواعث في المذهب  
الحنفى - ٢٩٠ - رأى الشافعية - ٢٩٣ - رأى المالكية - ٢٩٥ - الحنابلة والمقاصد  
في العقود - ٢٩٧ - الظاهرية والقصد - ٣٠٠ - مقارنة بين المذاهب - ٣٠١

### القسم الثانى

#### تطبيق السبب على العقود

٣٠٣ - ٥١٢

#### الباب الأول

#### تطبيق السبب في العقود اللازمة

تمهيد وتقسيم ٣٠٥

#### الفصل الأول

اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد ٣٠٧ - ٣٦٩

أولا - اختلال المعاوضة بسبب الربا - ٣٠٧ - تعريف الربا لغة وشرعا - ٣٠٨  
حكم تحريم الربا - ٣٠٩ - الرد على مناصرى الربا - ٣١١ - أنواع الربا شرعا - ٣١٣  
ربا النسيئة - ٣١٤ - القرض وروبا النسيئة - ٣١٧ - القرض في القانون - ٣١٨ - ربا  
الفضل - ٣١٩ - حكم التحريم في ربا الفضل - ٣٢١ - حلة التحريم عند الفقهاء - ٣٢٢ -

صياغة الذهب وأثرها ٣٢٥ - استثناء من ربا الفضل ٣٢٥ - حكم الربا وأساسه ٣٢٧ - مسألتان تتعلقان بالربا ٣٢٨ - الربا تطبيق للمعاوضة المعتبرة شرعا ٣٣٠ - ثانيا - اختلال المعاوضة بسبب الغرر ٣٣٢ - الغرر ومعناه ٣٣٢ - انتهى عن الغرر ٣٣٥ - أنواع الغرر ٣٣٧ - بيع المدوم ٣٣٨ - الترخص في بيع المدوم وأساسه ٣٤٠ - بيع التاجر قبل بدو صلاحها ٣٤٢ - بيع الإنسان ما ليس عنده ٣٤٧ - العلة في النهي ٣٤٩ - مقارنة ٣٥٠ - المزاورة والغرر ٣٥١ - المزاورة في القانون ٣٥١ - المقامرة والرهان والغرر ٣٥٨ - القانون المدني والغرر ٣٦٠ - عقد التأمين والغرر ٣٦٢ - أنواع التأمين على الحياة ٣٦٢ - حكم عقد التأمين في الفقه الإسلامي ٣٦٤

### الفصل الثاني

اختلال المعاوضة بسبب الشرط ٣٧١ - ٤٠٥

دور الارادة الإنسانية في العقد في الفقه الإسلامي والقانون ٣٧١ - أصل الخلاف في دور الارادة ٣٧٤ - القاعدة في القانون ومداهما - ماهو الشرط المقترن بالعقد ٣٧٧ - الشروط العقدية في المذهب الحنفي ٣٧٨ - رأى المالكية ٣٨٤ - رأى الشافعية ٣٨٨ - قاعدة الشروط عند الحنابلة ٣٩٠ - الظاهرية والشروط ٣٩١ - مقارنة وتحليل ٣٩٨ - مبدأ وحدة الصفقة وصلته بالمعاوضة ٤٠٠ - الشرط في القانون ٤٠٤

### الفصل الثالث

اختلال المعاوضة بسبب ظروف العقد ٤٠٧ - ٤٢٦

المعاوضة وظروف العقد ٤٠٧ - النصوص ٤٠٨ - تلقى الركبان ٤٠٩ - بيع الحاضر للبادي ٤١٠ - بيع التجش ٤١١ - الاحتكار ٤١٢ - آراء الفقهاء في الاحتكار ٤١٣ - حكم الاحتكار ٤١٧ - الاحتكار واختلال المعاوضة ٤١٧ - بيع المضطر وشراؤه ٤١٨ - حكم البيوع السابقة ٤٢٠ - أساس الخلاف في حكم البيوع السابقة ٤٢٢ - انتهى عن العقد لمة غير اختلال المعاوضة ٤٢٤

### الفصل الرابع

اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٧ — ٤٥٢

وجوب بقاء المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٧ - كيف تتخلف المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٨ - أولا - تخلف المعاوضة بهلاك أحد العوضين ٤٢٩ - حكم الهلاك في القانون ٤٢٩ - أنواع الهلاك ٤٣١ - استحالة الالتزام وحكمه في الفقه الإسلامى ٤٣٢ - ثانيا - تخلف المعاوضة عند عدم التنفيذ ٤٣٧ - الفسخ في القانون وأنواعه ٤٣٧ - شروط الفسخ في القانون ٤٣٨ - الفسخ في الفقه الإسلامى ٤٣٩ - مصطلح الفقهاء فى الفسخ ٤٤٠ - ماهو الفسخ فى الفقه الإسلامى وأسبابه ٤٤٢ - أساس تحمل التبعة فى القانون ٤٤٧ - أساس تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى ٤٤٩ - حق الفسخ وأساسه فى القانون ٤٥٠ - الفسخ وأساسه فى الفقه الإسلامى ٤٥١

### الباب الثانى

تطبيق السبب على العقود غير اللازمة ٤٥٣ — ٤٩٧

تمهيد ٤٥٣

### الفصل الأول

عقود التبرع ٤٥٥ — ٤٧٧

أولا - الهبة ٤٥٦ - انعقادها ٤٥٦ - الرجوع فيها ٤٥٦ - السبب فى الهبة ٤٥٨ - ثانيا - الوصية ٤٦٤ - انعقادها ٤٦٤ - الناية من الوصية ٤٦٥ - ثالثا - القرض ٤٧٠ - انعقاده ٤٧٠ - الناية من القرض ٤٧١ - رأبا - العارية ٤٧٥ - انعقادها ٤٧٥ - السبب فى عقود التبرع ٤٧٧

## الفصل الثاني

### عقود الاستيثاق

٤٨١ — ٥١٥

الغرض منها ٤٨١ - أولا - الرهن ٤٨٢ - انعقاد الرهن ٤٨٢ - الغاية من  
الرهن ٤٨٤ - ثانيا - الكفالة ٤٨٧ - انعقادها ٤٨٧ - الغاية من الكفالة ٤٨٩ -  
مقارنة ٤٩٢ - غاية العقد وغاية العاقد ٤٩٥

### خاتمة

٤٩٨

أساس المقارنة ٤٩٩ - هل يمكن فصل السبب عن الإرادة ٥٠٠ - في النظرية  
الاطالية ٥٠٢ - في القانون الانجليزي ٥٠٢ - وحدة السبب أم ازدواجه ٥٠٣ -  
ما هو الوضع إذا في الفقه الإسلامي ٥٠٥ - هل المعاوضة المعتبرة شرعا تقابل  
الاعتبار ٥٠٨ - شرعية السبب في الفقه الإسلامي ٥٠٩ - الجزاء على اختلال  
السبب ٥١٢

### بيان المراجع

أولا - باللغة العربية

ثانياً - باللغة الأجنبية

## تصويب

حدثت عند الطبع بعض الأخطاء تدركها فطنة القارئ وتستدركها  
في هذه الصحيفة

رقم الصحيفة والسطر	الخطأ	الصواب
٦٨ / ٧	تكاد أن	—
٧٦ / ١٠	لالتزام	الالتزام
١١٤ / ١٢	وتشريع	تشريع
١٤٨ / ١٤	يأى	يأى
١٨٥ / ٧	الالرام	الالرام
١٩٨ / ٣	وقد	—
١٩٨ / ٦	عجا	عجالا
٢٢٦ / ١٢	لمتعاقد	المتعاقد
٢٣٠ / ٧	غلت	تخلفت
٢٥٧ / ١١	الكسائي	الكسائي
٢٦٢ / ٣	سرعا	شرعا
٣١٨ / ٧	النبي	النبي
٣٣٨ / ١٠	ما	—
٣٤٦ / ١	المرور	الغور
٣٩١ / ١	الشرع	الشرط



